

# LA RELACIÓN CLÍNICA EN EL SIGLO XXI: CUESTIONES MÉDICAS, ÉTICAS Y JURÍDICAS

*José Antonio Seoane*  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad da Coruña

“Mi humilde apellido es *Bigu* (Necesitado-de-imitar-a-los-Antepasados).  
Mi nombre propio es *Rixin* (Renovarse-cada-día).  
[...]

Tal es el doble vínculo del nombre del letrado.  
Me renuevo cada día en la necesidad de imitar las obras de los Antepasados”  
(Pascal QUIGNARD, *Las sombras errantes*, 2002)

*Sumario.* 1. ¿De nuevo sobre la relación clínica? Planteamiento y tesis. 2. Las razones de una nueva propuesta. 2.1. El proceso de constitucionalización. 2.2. La globalización, o el desbordamiento del Estado. 2.3. ¿*Volenti non fit injuria*? La reconsideración de la autonomía como vía de superación del autonomismo. 2.4. ¿Existe algún paternalismo justificado? La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica. 2.5. La rehabilitación de la confianza. 3. La relación clínica del siglo XXI. 3.1. Aclaración metodológica. 3.2. La relación clínica como práctica social institucionalizada. 3.3. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (I). Perspectiva médica. 3.4. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (II). Perspectiva ética y jurídica: capacidades, funcionamientos seguros, derechos. 3.5. El rumbo de la relación clínica. 3.6. El carácter normativo de la relación clínica. 3.7. El carácter lingüístico de la relación clínica. 3.8. El carácter comunicativo de la relación clínica. 3.9. El carácter prudencial de la relación clínica. 3.10. El carácter narrativo de la relación clínica. 3.11. El carácter ejemplar de la relación clínica.

## **1. ¿De nuevo sobre la relación clínica? Planteamiento y tesis**

§ 1. *Más allá del paternalismo y del autonomismo*<sup>1</sup>. El modelo de relación clínica predominante

a lo largo de la historia ha sido el paternalismo. El paternalismo -la actitud paternalista- consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro, o sin tomar en consideración al otro. En general, implica la limitación intencionada de la autonomía o la libertad de decisión y acción de una persona sin tomar en cuenta

---

\* Por un fallo en la maquetación del número extraordinario dedicado al XVI Congreso, se publicó incompleta la presente ponencia. Se publica íntegra en este número y se ruega al ponente y a los lectores disculpas por el error producido.

<sup>1</sup> Una exposición más detallada en José Antonio Seoane, “Del paternalismo al autonomismo: ¿hay otros modelos de fundamentación ética?”, en *La Bioética, mosaico de valores*, Manuel de los Reyes López et al (coord.), Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2005,

---

77-104, y bibliografía allí citada; José Antonio Seoane, “El significado de la Ley básica de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación”, *Derecho y Salud* 12/1 (2004), 41-60. Recientemente cfr. Thomas Nys, Yvonne Denier, Antoon Vandeveldel (eds.), *Autonomy and Paternalism. Reflections on the theory and practice of health care*, Leuven, Peeters, 2007.

su parecer, con la finalidad de evitarle un daño (paternalismo proteccionista o no maleficente) o proporcionarle un bien (paternalismo benéfico o perfeccionista). En su proyección al ámbito sanitario, el paternalismo alude a dos rasgos del papel paterno: la beneficencia y la legítima autoridad. El profesional asistencial, superior en conocimientos (técnicos), experiencia y pericia, ha sido requerido para favorecer los intereses del paciente o usuario tal y como son entendidos por el profesional. En suma, la esencia del paternalismo es dejar de lado el principio de respeto a la autonomía apoyándose en el principio de beneficencia.

Hace apenas unas décadas, por influencia anglosajona y con una impronta más teórica que práctica, surge un modelo alternativo, que denominaré autonomismo. El autonomismo –la actitud autonomista– consiste en decidir por y sobre uno mismo sin los otros, o sin considerar a los otros. El autonomismo es la reacción pendular frente al paternalismo. El paternalismo equivale en la relación clínica a que el paciente, al igual que un niño menor de edad, es incapaz de distinguir lo beneficioso o perjudicial para él, y se ve obligado a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando el juicio del profesional asistencial acerca de cómo debe ser feliz. Frente a ello, se vindica la autonomía, que significa la salida del paciente o usuario de la tutela paterna y la conciencia de la capacidad de darse sus propias normas y de decidir sobre su propio bien en el contexto sanitario. En la compendiosa afirmación de John Stuart Mill: “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”.

§ 2. *Cuatro lógicas (y más) del sistema sanitario.* Paternalismo y autonomismo son hoy modelos extremos y fallidos. Hay que evitar la polaridad beneficencia-autonomía y reinterpretar sus notas distintivas para fundamentar razona-

blemente la relación clínica actual. La relación clínica del siglo XXI no es igual a la relación diádica marcada por el encuentro entre un médico y un enfermo, sino el resultado de la evolución y reinterpretación de aquella relación y de la incorporación de nuevos elementos y nuevos personajes. El “enfermo” ya no es o está siempre enfermo; ha modificado sus atributos y roles: enfermo, paciente, usuario, cliente, consumidor,..., y se ha desplazado de una posición pasiva y paciente a una posición más activa o agente. Algo semejante sucede con el médico, quien ha dejado atrás su rol privilegiado y sacerdotal. Además, uno y otro conviven rodeados de terceros: familiares, amigos, y hasta la sociedad en su conjunto, así como otros profesionales que comparten con el médico su función asistencial (personal de enfermería, auxiliares, asistentes sociales, psicólogos,...) e incluso profesionales no asistenciales. El cuidado de la salud ya no se proporciona individualmente sino por un equipo. A esto cabe añadir la transformación de la forma de prestación de la asistencia de la salud, que ha arrinconado la práctica de la medicina como profesión liberal en beneficio de la generalización del cuidado de la salud en sistemas colectivos de seguridad y asistencia social, inicialmente de carácter sanitario y paulatinamente social, al menos en el ámbito legislativo español; esto es, de carácter sociosanitario.

Desde la perspectiva del sistema sanitario se han identificado cuatro protagonistas (médico, enfermo, tercero pagador e industria) y cuatro lógicas de funcionamiento diversas, todas ellas

2 Cfr. Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCullough, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos (1984)*, traducción de Enrique Pareja Rodríguez, Barcelona, Labor, 1987, 98.

3 Cfr. John Stuart Mill, *Sobre la libertad (1859)*, traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza, 1970, 66.

4 Cfr. Pedro Lain Entralgo, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría (1964)*, Madrid, Alianza, 1983.

5 Cfr. José Lázaro y Diego Gracia, “Presentación: La nueva relación clínica”, en Pedro Lain Entralgo, *El médico y el enfermo*, Madrid, Triacastela, 2.ª edición, 2003, 9-36; José Lázaro, Diego Gracia, “La relación médico-enfermo a través de la historia”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 7-17.

6 Cfr. un panorama en Juan María Pemán Gavín, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada, Comares, 2005, 3-121.

7 Ejemplo reciente es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y su desarrollo normativo.

necesarias y potencialmente conflictivas<sup>8</sup>. En líneas generales, el médico se rige por la lógica del cuidado, a la que corresponde el valor de la acción benefactora y la evitación de la maleficencia; la lógica del enfermo es la lógica de la necesidad, a la que corresponden los valores de la inmediatez o accesibilidad y de la calidad de los cuidados. El tercero pagador gobierna su actuación mediante la lógica del rendimiento, basada en los valores de la eficiencia y de la viabilidad y sostenibilidad. Por último, la industria sanitaria sigue la lógica de la rentabilidad, propia del libre mercado, y también la lógica de la innovación, siendo sus valores la efectividad y la ganancia. El resultado es un sistema sanitario complejo, que debe integrar y armonizar la heterogeneidad y conflictividad de tales lógicas y valores. Junto a lo anterior, o como resultado de ello, cabe añadir un cambio aún más influyente y decisivo, apreciable desde las perspectivas médica, ética y jurídica: la transformación del significado del fin o bien propio de la medicina y de las profesiones asistenciales, así como de la relación clínica: la salud.

§ 3. *Anatomía de la relación clínica.* Con las correcciones y los matices que merece, lo expuesto ejemplifica la dificultad de articular un modelo teórico de relación clínica que dé cuenta de una realidad compleja que ya no es enteramente como antes pero que conserva los rasgos típicos que la han conformado durante siglos. Un modo fecundo de abordar la relación clínica consiste en delimitar su entramado o estructura conceptual y reducir la complejidad de la relación clínica a sus notas características, a una forma o modelo en el que quepan diferentes propuestas. Ello exige contextualizar la relación clínica y hacerse cargo de diversos fenómenos y “transiciones sanitarias”<sup>10</sup> que exigen un replanteamiento:

8 Cfr. Enrique Baca, “Las cuatro ‘lógicas’ del sistema sanitario. Médico, enfermo, tercer pagador, industria”, *Claves de razón práctica* 165 (2006), 42-47.

9 Cfr. *Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas*, Daniel Callahan (dir.), (1996), Barcelona, Fundació Víctor Grifols i Lucas (Barcelona, 2004). Accesible en línea: <http://www.fundaciongrifols.org/docs/pub11%20esp.pdf> (Visita: 15.1.2008)

10 Cfr. Albert J. Jovell, “El paciente del siglo XXI”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 85-90.

demográficos, como el incremento y envejecimiento de la población; epidemiológicos, como la aparición de nuevas enfermedades y el aumento de las enfermedades crónicas; científicos y tecnológicos, como el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías diagnósticas o terapéuticas y de la genética; sociales y culturales, como la medicalización de la sociedad, la sacralización de la ciencia y la subsiguiente construcción de desmesuradas -y poco informadas y realistas- expectativas sobre la potencialidad terapéutica de la medicina y otras profesiones asistenciales; económicos, como el aumento de costes y la insuficiencia de recursos e inversión en salud para satisfacer tales expectativas, alimentadas por la conversión de la salud en otro bien de consumo y por la adopción de un perfil de consumidor o cliente de servicios de salud por parte del ciudadano; etc.

En cualquier caso, para la perspectiva que adoptaré aquí subrayaré otros seis rasgos que merecen ser analizados con cierto detalle. En primer lugar, dos factores que han transformado notablemente las sociedades contemporáneas y, por ende, el contexto ético, jurídico, político, económico, etc. de la relación clínica: la constitucionalización y la globalización, cuya importancia aumenta en razón del modelo de relación clínica propuesto, asentado en las capacidades, los funcionamientos seguros y los derechos. En segundo lugar, dos argumentos que pretenden superar las deficiencias de los modelos de fundamentación señalados: la reconsideración del alcance del paternalismo y la beneficencia y de la autonomía y, un tercero que complementa los anteriores: la necesidad de rehabilitar la confianza en el seno de la relación clínica. Finalmente, la evolución del significado del fin de la relación clínica: el cuidado de la salud. Todos ellos ejemplifican el cambio de perspectiva requerido por el tránsito de la relación clínica clásica a un modelo más amplio de relación asistencial de carácter sociosanitario.

§ 4. *Tesis.* Tomando en consideración lo anterior, la relación clínica del siglo XXI se presenta como una relación sociosanitaria ocupada del cuidado de la salud, concebida desde un doble enfoque. De una parte, el enfoque de las capacidades y el de los funcionamientos seguros; de otra, el modelo de los derechos -y su envés, los deberes-. Así, la rela-

ción clínica es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado (sociosanitario) de la salud, entendida como capacidad y funcionamiento seguro y garantizada como derecho. O en una formulación más sencilla: la relación clínica es una práctica social institucionalizada dedicada al cuidado de la salud de las personas.

## **2. Las razones de una nueva propuesta**

### ***2.1. El proceso de constitucionalización***

§ 5. Tras la Segunda Guerra Mundial se perfila en Europa una nueva configuración ética, política y jurídica de nuestras sociedades y un nuevo significado o modelo de Constitución, que es su elemento normativo nuclear y vertebrador. La Constitución española de 1978 introduce en nuestro país las bases de este paradigma, caracterizado por la consideración de la Constitución como orden de valores u orden axiológico que impregna todas las esferas de la vida social<sup>11</sup>. Como todo cambio de paradigma, la constitucionalización implica un nuevo significado para las instituciones y conceptos anteriores. El modelo jurídico-político de referencia en los últimos siglos, al menos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de Derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Dicho modelo está agotado<sup>12</sup>. Hoy estamos en el Estado constitucional de Derecho, cuya comprensión demanda otra respuesta teórica.

La jurisprudencia constitucional y la ciencia jurídica alemanas han mostrado con claridad los rasgos del proceso de constitucionalización. Dos fallos en

los que se prohibieron los partidos políticos *Sozialistische Reichspartei* (1952) y *Kommunistische Partei Deutschlands* (1956), el caso *Elfes* (1957) y, sobre todo, el caso *Lüth* (1958) alumbraron una nueva concepción del alcance y significado de la Constitución que modificó la teoría constitucional e impregnó la dogmática de los derechos fundamentales. Ahora merecen ser destacados cuatro rasgos.

- a) *Materialización del sistema jurídico*. La Constitución no se limita a fijar los límites del poder del Estado, sino que se convierte en la positivación jurídica de los “valores fundamentales” de la vida en común.
- b) *Derechos fundamentales como núcleo valorativo*. La garantía constitucional de los derechos individuales no es meramente una garantía de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que incluye un orden objetivo de valores. Esto conduce a reconocer la *doble dimensión de los derechos fundamentales*: una dimensión individual o subjetiva, en cuanto facultades que garantizan un ámbito de libertad individual a su titular; y una dimensión objetiva o institucional, como elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales.
- c) *Omnipresencia y ubicuidad de los derechos fundamentales*. Los derechos constitucionales no se aplican únicamente a las relaciones entre el ciudadano y el Estado sino al sistema jurídico en su conjunto: éste es el efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*). De aquí surge, asimismo, la denominada eficacia horizontal o entre terceros (*Drittwirkung*).
- d) *Ponderación*. Las normas constitucionales presentan contenido valorativo y suelen adoptar la forma de principios, de cláusulas abiertas y genéricas que apuntan al logro o la consolidación de fines o estados de cosas considerados valiosos. Ello exige un tipo de razonamiento jurídico-práctico que permita incluir valores y fines en los razonamientos y

<sup>11</sup> Una explicación del significado del nuevo paradigma en Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005; Luis M. Cruz, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.

<sup>12</sup> Cfr. Robert Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica” (1987), en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, 159-177; Miguel Carbonell (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones jurídica-UNAM, 2007; Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Pedro Serna, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995.

se acomode a la estructura principialista de las disposiciones constitucionales.

Lo relevante de esta inicial jurisprudencia constitucional alemana es haber sentado las bases de una nueva forma de concebir el sistema jurídico. Desde la perspectiva de varias décadas de evolución constitucional es posible completar el panorama con algunas notas más.

5. *Las valoraciones forman parte del Derecho.* El intento positivista de separar artificialmente el plano valorativo, más allá del Derecho, y el plano estrictamente jurídico, reducido a los hechos, ha fracasado. El rechazo de la tesis de la separación y el reconocimiento de la conexión entre el Derecho y la moral conducen a afirmar la continuidad del Derecho, la moral y la política.
6. *Superioridad normativa de la Constitución*, de la que se derivan varias tesis:
  - a) La Constitución constituye una auténtica norma jurídica, válida y aplicable, y no una mera norma programática.
  - b) La Constitución no es una norma cualquiera, sino la cúspide del sistema jurídico, que ostenta primacía sobre las restantes normas, cuya validez parte y desemboca en ella.
  - c) El ordenamiento jurídico ha de interpretarse conforme a la Constitución, que representa, en última instancia, el criterio de validez de toda norma jurídica.
  - d) Todos los poderes públicos y ciudadanos están sujetos a ella. De este modo, existe una subordinación del poder legislativo a la regulación constitucional.
7. *Los órganos de adjudicación como órganos primarios.* Los órganos jurisdiccionales, en particular el Tribunal Constitucional, ocupan un lugar preeminente en el sistema jurídico, que antes correspondía al legislador.

Son ejemplo de la continuidad entre interpretación y creación, producción y aplicación del Derecho. Por tanto, más que de interpretación y aplicación ha de hablarse de proceso de concreción o determinación del Derecho.

8. *Superioridad de la jurisdicción constitucional*, que no es consecuencia únicamente de la superioridad normativa de la Constitución y del carácter primario de los órganos de adjudicación, sino también de las peculiaridades de las disposiciones constitucionales, singularmente las referidas a derechos fundamentales, que exigen una interpretación y una actualización para determinar su significado. Esta tarea de ajustamiento corresponde, de forma directa, a la jurisdicción constitucional y, de forma indirecta, a la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional completa y actualiza el texto constitucional, de modo que hablar de la supremacía de la Constitución significa hablar de la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

## 2.2. La globalización, o el desbordamiento del Estado

§ 6. El segundo factor de transformación de las sociedades contemporáneas es la tendencia a la globalización, internacionalización o supraestatalidad. En el modelo clásico los perfiles jurídicos se superponen a los perfiles políticos: el Estado-nación halla reflejo en el Derecho estatal, caracterizado en torno a la ley<sup>13</sup>. En el sentido político actual, el Estado es una realidad moderna, articulada en torno a la noción de soberanía. En el plano jurídico, el imperio de la soberanía estatal exige reducir el Derecho a la ley emanada del soberano, a través de la uniformización y la estatalización de las fuentes del Derecho<sup>14</sup>. En la actualidad los Derechos estatales y el propio Estado han sufrido una conmoción en su estructura tradicio-

13 Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (19602), traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1979, 285 ss., en particular 321.

14 Cfr. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1979), traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, 169-186.

nal. La soberanía ya no es un poder tan absoluto y el sistema jurídico estatal ya no es el único en su territorio. Dos tendencias simultáneas muestran que la soberanía o la territorialidad, notas distintivas del Estado, se erosionan y redefinen: un movimiento *ad extra* o de supraestatalidad, y un movimiento *ad intra* o de infraestatalidad. En el caso español, más allá del Estado surgen las normas comunitarias o supraestatales, y uniones de Estados nacionales como la Unión Europea; más acá del Estado aparecen las normas autonómicas y las Comunidades Autónomas. Con carácter más general, surgen movimientos a favor de una ciudadanía mundial o cosmopolita<sup>15</sup> y a favor de las minorías culturales o de la ciudadanía multicultural<sup>16</sup>.

La globalización es un fenómeno multidimensional. Aunque la faz económica es la más difundida, la globalización presenta y requiere perfiles políticos, sociales, culturales, éticos y jurídicos. En el

15 Cfr. por todos Martha C. Nussbaum et alii, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"* (1996), traducción de Carme Castells, Barcelona, Paidós, 1999; Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización* (2004), traducción de Carlos Díaz Roca, Buenos Aires, Katz, 2007.

16 Cfr. por todos Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (1995), traducción de Carme Castells, Barcelona, Paidós, 1996; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"* (1992), traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, 43-107; Michael Walzer, *Moralidad en el ámbito local e internacional* (1994), versión española y estudio introductorio de Rafael del Águila, Madrid, Alianza, 1996.

17 Cfr. Zygmunt Bauman, *Globalization. The Human Consequences*, London, Polity, 1998; Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y M.ª Rosa Borràs, Barcelona, Paidós, 1998; Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad, cultura*, 3 volúmenes, versión castellana de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Madrid, Alianza, 1997-2001; Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización* (nota 15); Jürgen Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política* (1996), traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999; Jürgen Habermas, *La constelación postnacional. Ensayos políticos* (1998), traducción de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse, Luis Pérez Díaz, Paidós, Barcelona, 2000; David Held & Anthony McGrew, *David Goldblatt & Jonathan Perraton, Global Transformations. Politics, Economic and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999; Hans Küng, *Una ética mundial para la economía y la política*, Madrid, Trotta, 1999; *¿Por qué una ética mundial? Religión y ética en tiempos de globalización*, traducción de Gilberto Canal Marcos, Barcelona, Herder, 2002; Hans Küng (ed.), *Reivindicación de una ética mundial*, traducción de Daniel Romero, Madrid, Trotta, 2002; Martha C. Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (2006), traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007; William

ámbito normativo (ético, jurídico y político) se advierte una creciente actividad de los órganos jurisdiccionales regionales en materia de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Interamericana de Derechos Humanos), la superación del principio de territorialidad en materia penal para determinados delitos especialmente lesivos con los derechos humanos y las doctrinas de la intervención humanitaria, así como los intentos de reedición de un Derecho de gentes<sup>18</sup> o de un Derecho (penal) intercultural<sup>19</sup>. Se constata, en fin, un consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos y democracia<sup>20</sup>, que refuerza la relación y la complementariedad de los dos factores determinantes del contexto normativo contemporáneo de la relación clínica, la globalización y la constitucionalización. Ejemplo destacado de esta tendencia la Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos, aprobada por aclamación por la 33.ª sesión de la conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

### 2.3. *¿Volenti non fit injuria? La reconsideración de la autonomía como vía de superación del autonomismo*

§ 7. El autonomismo o modelo autonomista equivale a atomismo, esto es, a la afirmación de la

Twinning, *Derecho y globalización*, traducción de Óscar Guardiola-Rivera, Clara Sandoval Villalba, Diego Eduardo López Medina, Bogotá, Siglo del Hombre. Instituto Pensar. Universidad de los Andes, 2003; Danilo Zolo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial* (1997), traducción de Rafael Grasa y Francesc Serra, Barcelona, Paidós, 2000; Danilo Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson. Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid, 2005. Para una reflexión sobre la globalización en Bioética cfr. van Rensselaer Potter, *Global Bioethics*, East Lansing, Michigan, Michigan State University Press, 1988; Diego Gracia, "De la Bioética clínica a la Bioética global: treinta años de evolución", *Acta Bioética VIII/1* (2002), 27-39; también Hans Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (1979), versión castellana de Javier M.ª Fernández Retenaga Barcelona, Herder, 1995.

18 Cfr. John Rawls, *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"* (1999), traducción de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.

19 Cfr. Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, traducción de Rafael Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000.

20 Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, "Derechos humanos y Derecho internacional", *Isegoría* 22 (2000), 71-81, 73; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999. Kurt Mills, *Human Rights in the Emerging Global Order. A New Sovereignty?*, New York, St. Martin's Press, 1998.

autosuficiencia del individuo, del ser humano aislado<sup>21</sup>. El autonomismo/atomismo considera la autonomía personal como un valor absoluto, y asume como premisa –una suerte de presunción *iuris et de iure*– que todos los sujetos disponen de capacidad para adoptar elecciones correctas en una determinada situación. Admite, además, que la corrección de la decisión equivale a autonomía: una decisión autónoma es siempre, *qua* autónoma, una decisión correcta, con independencia de si lo elegido es bueno o malo y de las consecuencias que pueda originar. La bondad o corrección de una decisión radica en su carácter libre y autónomo.

La autonomía, como capacidad para elegir nuestro plan de vida y llevar a la práctica nuestras decisiones, que en el ámbito sanitario se sintetiza en el (derecho al) consentimiento informado, es un ingrediente esencial de la vida buena; pero no el único. La autonomía no basta por sí sola para calificar como correcta una decisión o una actuación. No cabe, tampoco, concebir la autonomía como capacidad para decidir y actuar de forma independiente de los otros. La independencia no es suficiente para caracterizar como correcta una conducta; las decisiones y acciones tienen otras notas características: buenas, malas, útiles, inútiles, que sirven para explicar por qué son éticamente y jurídicamente relevantes y para justificarlas. También carece de sentido concebir la autonomía como un asunto meramente individual, pues sólo cobra sentido y puede ser garantizada en el seno de una determinada sociedad y con el apoyo de otras personas y de determinadas instituciones. La autonomía es, en suma, una noción relacional, contingente y graduable.

El ser humano es vulnerable, menesteroso, frágil, e intenta compensar sus limitaciones y solucionar sus necesidades mediante la acción, transformando sus carencias en oportunidades o posibilidades de vida. En este desarrollo no son importantes únicamente las capacidades o aptitudes personales, sino también las condiciones externas, materiales e

institucionales, y un conjunto de afiliaciones significativas. La actuación humana y el ejercicio de la autonomía no son independientes del contexto ni de nuestras relaciones o vínculos, voluntarios e involuntarios, que delimitan nuestras posibilidades de elección y funcionamiento y constituyen presupuestos biográficos que definen nuestra personalidad. El tránsito a la madurez y el logro de la autonomía significan convertirse en razonadores prácticos<sup>22</sup> independientes, en la feliz locución de MacIntyre<sup>23</sup>. No independencia en el sentido de autarquía, sino una independencia consciente de nuestra vulnerabilidad, fragilidad y dependencia.<sup>23</sup> En otras palabras, una interdependencia reflexiva<sup>23</sup>. Si el reconocimiento de la dependencia es la clave de la independencia, hay que hacerse cargo de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. De una parte, el ejercicio libre de nuestras capacidades, que más que facultad o derecho aparece como necesidad de trascender nuestras limitaciones y ampliar nuestro horizonte de posibilidades. De otra, la vulnerabilidad y la dependencia, y la subsiguiente búsqueda de apoyos para superar tal situación. Si la primera se hace eco del carácter individual de nuestras decisiones y acciones, la segunda ejemplifica cómo nuestras respuestas ante la realidad no son ni pueden ser meramente individuales, sino que se sustentan en un haz de afiliaciones y vínculos significativos que nos definen. Nuestra personalidad y nuestra identidad se constituyen, parcialmente, mediante nuestras relaciones, dentro de un contexto de reconocimiento, comunidad y diálogo.

#### **2.4. ¿Existe algún paternalismo justificado? La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica**

§ 8. La Bioética anglosajona de los años setenta y ochenta del siglo XX mostró una acusada tenden-

---

21 Cfr. Charles Taylor, "Atomismo", traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, 107-124, 109.

---

22 Cfr. Alasdair MacIntyre, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes* (1999), traducción de Beatriz Martínez de Murguía; revisión técnica de Fernando Escalante Gonzalbo, Barcelona, Paidós, 2001, 71 ss.

23 Sobre la interdependencia como noción puente cfr. II Encuentro Moral, Ciencia y Sociedad en la Europa del siglo XXI. *InterDependencia: el bienestar como requisito de la dignidad* (San Sebastián, 15 y 16 de marzo de 2007), Roberto R. Aramayo, Txetxu Ausín (coordinadores) (4 DVDs).

cia de rechazo del paternalismo, considerándolo una injerencia injustificada en la autonomía. Sin embargo, desde mediados de los ochenta han surgido posiciones menos hostiles. Así ocurre con el denominado paternalismo débil, que implica tomar decisiones y actuar para proteger a una persona cuando no está en condiciones de tomar decisiones autónomas, y que se considera un curso de acción razonable y moderado entre dos extremos radicales: el paternalismo fuerte – que admite intervenciones para beneficiar a una persona capaz de realizar elecciones informadas y autónomas– y el antipaternalismo –que podríamos identificar con el autonomismo–. Más aún, es un error concebir el llamado paternalismo débil como un tipo de paternalismo, pues no es propiamente “paternalista”; el paternalismo débil equivaldría al antipaternalismo débil. Tanto el paternalismo débil como el antipaternalismo coinciden en considerar justificada una injerencia para proteger a una persona de un daño derivado de sus propias decisiones no autónomas, y en que no está justificado interferir para proteger a una persona<sup>24</sup> de un daño derivado de sus decisiones autónomas.

Con todo, ha de darse un paso más y afirmar que en determinadas circunstancias no está únicamente justificado o permitido adoptar medidas paternalistas –en rigor, medidas protectoras–, sino que está moral y jurídicamente ordenado. En el marco de la relación clínica, la protección consistiría en la obligación moral y jurídica de adoptar y/o ejecutar decisiones por y sobre otro cuando éste no puede tomarlas y/o realizarlas por sí mismo de forma autónoma, y únicamente en aquellas situaciones o esferas de actuación en que no puede adoptar y/o realizar dichas decisiones, con la finalidad de ayudarle evitando un daño o proporcionando indirectamente un bien. Pueden señalarse ocho condiciones para la adopción de

una medida protectora, todas las cuales han de cumplirse para considerarla justificada: 1) ausencia de capacidad de la persona protegida; 2) actuación únicamente donde no exista capacidad; 3) finalidad inmediata protectora o indirectamente beneficente; 4) finalidad mediata de no discriminación, igualdad de oportunidades y autonomía; 5) adopción de la medida por parte del representante o persona legitimada; 6) respeto de los requisitos y procedimientos establecidos; 7) orientación personal o individual de la decisión; 8) criterio rector de la medida de protección: juicio subjetivo, juicio sustitutivo y, en particular, el criterio del mayor interés<sup>25</sup>.

En consecuencia, el *paternalismo (injustificado)* implica no respetar todas o alguna de estas ocho condiciones básicas: 1) cuando se toma y/o ejecuta una decisión sobre la vida o salud de un paciente capaz de adoptarla y/o llevarla a la práctica; 2) cuando se decide y/o actúa en casos de pacientes incapaces en áreas en las que aquéllos son capaces de hacerlo; 3) cuando no se persigue evitar un daño o proporcionar un beneficio –indirecto– con la decisión de representación o actuación; 4) cuando el objetivo último de la medida protectora no sea la garantía de la autonomía, la eliminación de desigualdades o el logro de la igualdad de oportunidades; 5) cuando la decisión acerca de la medida protectora ha sido adoptada por una persona distinta de la legitimada para hacerlo, en caso de que ésta exista (e.g. prescindiendo de los titulares de la patria potestad de un menor de edad incapaz); 6) cuando no se han respetado los requisitos de procedimiento existentes para la decisión de representación o la adopción de la medida protectora; 7) cuando la medida protectora persigue directamente la protección o el beneficio de alguien distinto del paciente o usuario; 8) cuando se sigue un criterio inadecuado en la adopción de decisiones de representación (e.g. cuando se emplea directamente el criterio del mayor interés en

24 Cfr. por todos Tom L. Beauchamp, “Paternalism”, en *Encyclopedia of Bioethics*, Warren T. Reich (ed.), volume 3, New York, The Free Press, 1978, 1194-1201; Tom L. Beauchamp, “Paternalism”, en *Encyclopedia of Bioethics*, revised edition, en Warren Thomas Reich (ed.), volume 4, New York, Simon & Schuster, 1995, 1914-1920; Tom L. Beauchamp y James F. Childress, *Principios de ética biomédica* (1994), traducción de la cuarta edición de Teresa Gracia García-Miguel, F. Javier Júdez Gutiérrez, Lydia Feito Grande; revisión científica de Diego Gracia Guillén y F. Javier Júdez Gutiérrez, Barcelona, Masson, 1998, 262-263; Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCullough, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos* (nota 2), 105 ss.

25 Una explicación más detallada de estas exigencias en José Antonio Seoane, “Derecho y salud mental: capacidades, derechos, justicia”, *Revista jurídica del Perú* 68 (2006), 261-279, 269-271.

caso de existencia de un documento de instrucciones previas).

### 2.5. La rehabilitación de la confianza

§ 9. La revisión de las nociones de autonomía y beneficencia enlaza con la necesidad de rehabilitar la confianza en el seno de la relación clínica<sup>26</sup>. La confianza es una necesidad humana<sup>27</sup> y un ingrediente esencial de las relaciones sociales<sup>27</sup>, cuya importancia se acentúa en situaciones de especial dependencia y vulnerabilidad como la relación clínica. Hoy es más complicado hablar de confianza, que ha de ser redefinida para ajustarse al contexto contemporáneo de dicha relación, caracterizado, entre otros factores, por el advenimiento de la autonomía y los derechos y el pluralismo axiológico.

En el ámbito asistencial ya no cabe, como en épocas pasadas, una confianza absoluta e incondicionada ni tampoco una confianza global. La confianza del paciente en el profesional asistencial no es un *datum* o un prerrequisito asegurado en la relación clínica, sino que ha de ser promovida por ambas partes: el paciente o usuario ha de deseársela y el profesional asistencial ha de conquistarla y merecerla con su actuación profesional. Antes la confianza se basaba en el estatus o la posición social, y la mera condición profesional –especialmente del médico– era suficiente. Esto es, los aspectos formales o la apariencia de profesionalidad bastaban para el surgimiento de la confianza; ésta, además, tenía carácter categórico y excluyente en orden a la toma de decisiones clínicas. En el sentido indicado la confianza era fuente de privilegios para el profesional asistencial. Hoy no es admisible: la confianza ha de enten-

derse como fuente de obligaciones. Se ha pasado de la confianza en la autoridad a la autoridad basada en la confianza. La confianza en el estatus o posición social no basta. En rigor no alcanza propiamente el grado de confianza; a lo sumo la condición profesional sirve para considerar digno o merecedor de confianza (*trustworthy*) al profesional asistencial o para proporcionar fiabilidad (*reliability*), pero no para garantizar la confianza (*trust*). Por tanto, la confianza contemporánea como rasgo de la relación clínica exige ir más allá de los aspectos formales y prestar atención al desarrollo concreto de la relación clínica. No basta la apariencia de profesionalidad, sino que hay que determinar quién es un auténtico profesional asistencial; quién o qué se hace acreedor de confianza. Surge, entonces, un nuevo problema: cómo elegir en quién confiar.

La confianza en la relación clínica pasa por distintos estadios o momentos. Adoptando como paradigma la profesión médica, pueden señalarse cuatro<sup>28</sup>: 1) la confianza en la medicina; 2) la confianza en la profesión médica, esto es, en el cuerpo de profesionales consagrados al ejercicio de la medicina en su conjunto; 3) la confianza en el profesional médico, en un concreto profesional de la medicina; y, finalmente, 4) la confianza en la persona del médico, o en el médico como persona. Los dos primeros estadios no proporcionan tanto confianza cuanto fiabilidad. La medicina y la profesión médica –las profesiones asistenciales– son merecedoras de confianza para el paciente o usuario, entre otras razones por haber contribuido secularmente a la solución de los problemas relacionados con la vida y la salud de las personas. Pero es en el tercer estadio, tras concretar el destinatario o depositario de la confianza en el proceso de relación clínica, cuando se hace posible una confianza auténtica entre el paciente o usuario y el profesional asistencial.

A mi entender hay que ir más allá de la confianza en el sistema o la profesión y alcanzar el tercer estadio, la confianza en el profesional, donde propiamente aparece la confianza en el contexto de una

<sup>26</sup> *Me apoyo sobre todo en Edmund D. PELLEGRINO, David C. THOMASMA, The Virtues in Medical Practice, New York, Oxford University Press, 1993, 65-78 y en Onora O'NEILL, Autonomy and Trust in Bioethics, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Onora O'NEILL, A Question of Trust, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.*

<sup>27</sup> *Cfr. en general, Annette C. BAIER, Trust (The Tanner Lectures on Human Values, delivered at Princeton University, March 6-8, 1991) (en línea: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/baier92.pdf>; visita: 15.1.2008) y Robert C. SOLOMON & Fernando FLORES, Building trust, Oxford, Oxford University Press, 2001. Repensando el papel de la beneficencia y la autonomía, y proyectando la confianza en la relación clínica para postular un modelo fiduciario, cfr. Victoria CAMPS, Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética, Barcelona, Ares y Mares, 2001, 171-190, 184 ss.*

<sup>28</sup> *Cfr., con modificaciones en el planteamiento, Pedro LAÍN ENTRALGO, La relación médico-enfermo. Historia y teoría (nota 4), 368 ss.*

relación intersubjetiva y dialéctica. Cada profesional asistencial es heredero y representante de una tradición y cuerpo profesionales, lo que le convierte en digno de confianza. Pero únicamente tras el escrutinio de su actuación y del uso correcto de sus poderes y saberes profesionales se conocerá si satisface las expectativas del paciente o usuario y logra su confianza o si, por el contrario, no se hace acreedor de ella y mina la credibilidad y la fiabilidad de su profesión alcanzadas en el segundo estadio. Es decir, en el tercer estadio se fragua la excelencia en el ejercicio profesional y, en último término, la excelencia de la profesión. Asimismo, estimo que no es preciso extender el alcance de la confianza al cuarto estadio, a la relación personal entre el paciente o usuario y otra persona que ejerce como su médico –o como otro profesional asistencial–, por más que en ocasiones la confianza personal aparezca como corolario de la confianza profesional propia del tercer estadio. La confianza derivada de dicha relación de amistad trasciende el marco clínico y lo exigible como nota distintiva de la relación clínica<sup>29</sup>. Si se acepta lo anterior carece de sentido una confianza de carácter global en el seno de la relación clínica. La confianza del paciente en el profesional asistencial cobra sentido si se reduce al ámbito profesional, y propiamente a la parcela en la que este concreto profesional dispone de conocimiento o experiencia superiores a los del paciente y está en condiciones de compensar sus limitaciones y ayudarlo<sup>30</sup>.

Hay que optar por la confianza. Pese a los riesgos, e incluso a causa de ellos<sup>31</sup>, es difícil sustraerse a

<sup>29</sup> LAÍN (La relación médico-enfermo. Historia y teoría (nota 4), 368-369) ha señalado que el modo específico de la amistad del enfermo con el médico es la confianza, cuya estructura pasa por tres momentos, el último de los cuales se refiere a la "confianza en la persona de ese médico, en lo que éste es como 'persona'". Por su parte, PELLEGRINO-THOMASMA (The Virtues in Medical Practice (nota 26), 68) han apuntado la insuficiencia de la confianza sistémica para la relación clínica y la necesidad de la confianza en "la persona del médico". En este sentido incurren en el error de no distinguir la confianza en el médico como profesional de la confianza en el médico como persona –distinción que sí advierte Laín Entralgo– ni el diferente alcance de ambas.

<sup>30</sup> Partidario de una interpretación algo distinta es Niklas LUHMANN, "Familiarity, confidence, trust; problems and alternatives", en Diego GAMBETTA (ed.), Trust: Making and breaking cooperative relations, electronic edition, Oxford, Department of Sociology, University of Oxford, 2000, chapter 6, 94-107 (en línea: <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>).

<sup>31</sup> Cfr. Diego GAMBETTA, "Can we trust trust?", en Diego GAMBETTA (ed.), Trust: Making and breaking cooperative relations (nota 31), chapter 13, 213-237, 213-219 (en línea: <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/gambetta213-237.pdf>).

la necesidad de su presencia en las relaciones clínicas. La confianza fortalece el carácter dialéctico de la relación. Sin cierto grado de confianza no es posible un ejercicio de auténtica libertad en el contexto de la relación clínica, alejada de la ilusión de la autonomía plena. En cualquier caso, no se puede pedir a la confianza más de lo que puede dar. La confianza implica una reducción y descarga de la complejidad e incertidumbre<sup>32</sup> en el proceso de toma de decisiones, y aumenta las posibilidades de responder adecuadamente a la concreta situación clínica. No garantiza, en cambio, seguridad ni certeza totales, lo que, por otra parte, resulta incompatible con la falibilidad e incertidumbre del razonamiento propio de los asuntos humanos y los asuntos clínicos. La rehabilitación de la confianza revalida la importancia del buen profesional asistencial, que ampara la fragilidad y vulnerabilidad del paciente o usuario, conjura el riesgo de tratamientos perjudiciales o discriminatorios y consolida la propia confianza.

El tratamiento de la información es un caso paradigmático de la condición dependiente del ser humano y de la importancia de la confianza en la relación clínica. Ambas partes de la relación clínica dependen y han de cooperar y confiar recíprocamente. En concreto, el paciente desconoce el significado de su situación y las alternativas para superarla, conocimiento que puede obtener de los profesionales asistenciales, de quienes en gran medida depende. Pero la información por sí sola no basta; la información en bruto apenas tiene significado y utilidad para el paciente o usuario. Es preciso seleccionarla, interpretarla y transmitirla, para lo que se necesita que el profesional satisfaga dichas condiciones y tenga capacidad comunicativa; además, es preciso comprenderla y saber emplearla de forma útil y eficaz por el paciente<sup>33</sup>. La información ha de concebirse desde una perspectiva dinámica, no tanto como un objeto o un contenido ma-

<sup>32</sup> Cfr. Niklas LUHMANN, Confianza (1973), traducción de Amada Flores, de la edición inglesa, corregida y cotejada con el original alemán por Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona, México, Santiago de Chile, Anthropos, Universidad Iberoamericana, Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica, 1996.

<sup>33</sup> Javier BARBERO, "El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar", Anales del Sistema Sanitario de Navarra 29, suplemento 3 (2006), 19-27.

terial sino como un tipo de acción comunicativa y cooperativa en el proceso toma de decisiones de la relación clínica, que requiere la satisfacción de requisitos epistémicos, comunicativos, éticos y jurídicos para considerarse correcta o lograda (inteligibilidad, accesibilidad, relevancia, verdad, veracidad,...)<sup>34</sup>. Otra razón es que el paciente, más allá de la situación de enfermedad, comunica al profesional sentimientos, emociones e informaciones de naturaleza íntima y relevantes para él, lo que parece improbable sin un mínimo grado de confianza. Esta necesidad aumenta al constatar que la desnudez emocional y la transmisión de confidencias en la relación clínica no fluye de forma bilateral sino unilateral o unidireccional: del paciente al profesional asistencial<sup>35</sup>, con el consiguiente aumento de la vulnerabilidad y la dependencia del paciente y el incremento proporcional del poder del profesional asistencial.

### **3. La relación clínica del siglo XXI**

#### ***3.1. Aclaración metodológica***

§ 10. *El punto de vista interno o del participante*. Si quisiera únicamente describir la fisonomía y el aspecto exterior de la relación clínica, o las manifestaciones y los comportamientos observables de los sujetos implicados, podría adoptar un punto de vista externo o la perspectiva de un observador. Me limitaría a mostrar cómo ha sido, es o serán tomadas las decisiones y realizadas las acciones que la integran, sin cuestionarme su corrección. Sin embargo, mi objetivo requiere adoptar un punto de vista interno, o la perspectiva de un participante en la relación

clínica, que se haga cargo también de las motivaciones, razones y justificaciones de tales decisiones y comportamientos. Los sujetos de la relación clínica se cuestionan y formulan argumentos sobre la corrección de su actuación y la verdad de sus afirmaciones o enunciados. Los profesionales asistenciales, el paciente y las demás personas implicadas han de saber qué está ordenado, permitido o prohibido y qué facultades poseen. Han de conocer, en suma, cuáles son sus derechos y deberes y qué normas ordenan la relación clínica, para emplearlas como guías de conducta.

La preferencia del punto de vista interno estriba, entre otras razones, en que el punto de vista externo se limita a las regularidades observables de la conducta y no es capaz de reproducir la manera en que las normas funcionan en la vida social. Por otra parte, adopta la perspectiva del observador quien no se pregunta cuál es la decisión correcta en la actividad o relación clínica, sino que se pregunta solamente cómo se decide de hecho en dicha relación. Adopta la perspectiva del participante quien participa o toma parte en una argumentación o discurso o debate público sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido y para que se está autorizado en dicha actividad, en dicha relación clínica.<sup>36</sup>

Con el propósito de centrarme en la dimensión más personal de la relación clínica subrayaré la perspectiva del paciente o usuario y le otorgaré carácter primario o prevalente. La perspectiva del paciente es una perspectiva interna y propia de un participante en la relación clínica. Es la más global y universal o universalizable, y en tal sentido incorpora un criterio de corrección moral y jurídica en la formulación de normas comunes de actuación. Todos hemos pasado y estamos destinados a pasar por dicha situación, y permite, además, incorporar el punto de vista del lego en la deliberación de estos asuntos, amplifican-

---

<sup>34</sup> Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26), en particular 26-67 y 84 ss. Así está regulado en los artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP), que es la principal referencia en nuestro sistema jurídico. Cfr. en especial art. 4.2 LBAP: "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad".

<sup>35</sup> Cfr. Sissela BOK, Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation, New York, Vintage Books, 1989, 80 ss.

---

<sup>36</sup> Sobre el punto de vista interno y el punto de vista externo, cfr. H. L. A. HART, El concepto de derecho (1961), traducción de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 110-12, así como la revisión de Joseph RAZ, Razón práctica y normas (1975; 1990<sup>2</sup>), traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 201-207 y Joseph RAZ, El concepto de sistema jurídico (1970; 1980<sup>2</sup>), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, 278-281. Sobre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante, cfr. Robert ALEXY, El concepto y la validez del derecho (1992), en El concepto y la validez del derecho y otros ensayos (nota 12), 31.

do su radio de acción, su idoneidad y su verosimilitud. Finalmente, existe cierta prioridad no sólo temporal o genética sino ontológica y también ética: sin paciente no hay cuestión acerca de cómo ordenar el cuidado de la salud; es decir, sin salud que cuidar no tiene sentido ocuparse ni preocuparse por ello.

### 3.2. *La relación clínica como práctica social institucionalizada*

§ 11. *La relación clínica como práctica social.* La relación clínica es una práctica social, es decir, una actividad humana cooperativa guiada por normas y comprensible únicamente en un trasfondo o forma de vida<sup>37</sup>. No es una actividad meramente individual sino colectiva; tampoco es una actividad aislada o puntual, sino reiterada y constante en el tiempo. La relación clínica es un caso de acción social o acción colectiva e institucionalizada cuya lógica interna está modelada por la cooperación<sup>38</sup>. Como tal acción cooperativa, no se limita a perseguir un fin común, sino a hacerlo conjuntamente. Existe un compromiso entre los sujetos participantes y una intencionalidad colectiva de hacer algo juntos. Es decir, se comparten expectativas, deseos, intenciones, propósitos, no sólo para perseguir el mismo fin (el cuidado de la salud) sino para buscarlo conjuntamente<sup>39</sup>.

La relación clínica, como otras actividades o prácticas sociales, funciona en un contexto histórico de ejercicio y se comprende a la luz de un trasfondo o forma de vida. Parte de ese trasfondo es universal y común a todas las culturas: el núcleo o trasfondo profundo de la relación clínica; otra parte del trasfondo varía de una cultura a otra. Ello implica reconocer el carácter cultural e histórico de la relación

clínica, y por consiguiente la necesaria adaptación de su significado al contexto en el que surge y opera<sup>40</sup>.

Forma parte del trasfondo universal y común que el fin de la relación clínica sea el cuidado de la salud, o que en toda sociedad existan algunas personas a quienes se encomienda el cuidado de la salud de los ciudadanos. En cambio, que el significado del cuidado de la salud en la tradición hipocrática no sea idéntico al significado contemporáneo, y que tampoco sean idénticos los profesionales encargados de dicho cuidado en ambos escenarios históricos corresponde a la parte variable, cultural o histórica del trasfondo.

§ 12. *El carácter institucional de la relación clínica.* La relación clínica es una práctica social institucionalizada. Su carácter institucional no significa tanto que haya sido creada y desarrollada por o en el seno de instituciones como que está guiada y sujeta a normas, de muy diversas clases: éticas, jurídicas, deontológicas, técnicas, consuetudinarias, económicas, comunicativas, etc.

La ordenación de las distintas profesiones asistenciales y su ejercicio, el catálogo de prestaciones socioasistenciales, o las obligaciones y los derechos de los pacientes y usuarios y de los profesionales —e.g. el proceso de información y consentimiento— son ejemplos de normas de diversa clase que regulan el funcionamiento de la relación clínica.

El carácter institucional no implica que sólo exista la relación clínica como realidad institucional sino que su caracterización más acabada la presenta con carácter institucional. El cuidado de la salud tiene lugar de múltiples modos: formales y reglados, a cargo de personal cualificado o profesionales asistenciales, mas también de modo informal, por personas carentes de formación específica o no movidas anteriormente a dicho cuidado. La relación clínica es una práctica social institucionalizada, cuyo signi-

<sup>37</sup> Es ya clásica la definición de práctica como "cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente". (Cfr. Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud* (1981; 1985<sup>2</sup>), traducción castellana de Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, edición de 2001, 233).

<sup>38</sup> Cfr. Francesco VIOLA, "Il modello della cooperazione", en Francesco VIOLA (*a cura di*), *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Bologna, Il Mulino, 2004, 11-58, 24. En el ámbito clínico, cfr. Vilhjálmur ARNASON, "Ética y sanidad: dignidad y diálogo en la relación asistencial", traducción de Antonio Casado da Rocha, *Laguna* 14 (2004), 23-35.

<sup>39</sup> Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social* (1995), traducción de Antoni Doménech, Barcelona, Paidós, 1997, 41-47.

<sup>40</sup> Con carácter general, sin aludir a la relación clínica, cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social* (nota 39), 140 ss.; John R. SEARLE, *Mente, lenguaje y sociedad. La filosofía en el mundo real* (1998), traducción de Jesús Alborés, Madrid, Alianza, 2001, 99-101.

ficado pleno sólo se obtiene en un trasfondo de instituciones o normas, pero en cuya base está un hecho bruto —es decir, cognoscible mediante la mera observación o constatación empírica— que podría disminuir e incluso perder su eficacia y utilidad sin dicho trasfondo institucional y normativo<sup>41</sup>.

La actuación de un profesional asistencial (médico, personal de enfermería, auxiliar, etc.) ante un paciente es susceptible de descripción como simple hecho bruto: una persona, sola o acompañada por otras, vestida de un modo característico, que emplea un lenguaje específico —y no siempre comprensible— y que actúa de un modo determinado, anunciándolo generalmente con antelación, presta asistencia a otra persona. Ésta (paciente) necesita y ha demandado su ayuda: para ello ha acudido a un edificio en el que deambulan y son atendidas multitud de personas. Unas acuden por su propio pie; otras no pueden y son transportadas por terceras personas, algunas de las cuales se visten también de un modo singular; etc. El significado íntegro de dicha actuación sólo se puede obtener si nos hacemos cargo del entramado normativo que subyace a tales actuaciones, y que explica por qué es el médico y no cualquier otra persona la que atiende al paciente; qué significa el lenguaje médico; por qué la asistencia tiene lugar en un hospital (o en otros lugares cuando es preciso);... El cuidado de la salud o la asistencia existen como meros hechos brutos, pero no podemos explicarlos, interpretarlos y conocerlos completamente si no somos conscientes de las normas que los regulan y ordenan.

El carácter institucional subraya la importancia de las normas, explícitas e implícitas, en la relación clínica. Conocer qué significa cuidado, salud, médico, paciente, etc., depende del significado de todas las normas que regulan hoy la relación clínica. El carácter institucional destaca la importancia de las dimensiones ética, jurídica, deontológica e incluso comunicativa, que también integran el trasfondo normativo común de la relación clínica y que a veces

resultan preteridas por la dimensión técnica. Explica también por qué lo técnico no basta para dar cuenta el significado global de la relación clínica y por qué las normas o los criterios técnicos no agotan la buena práctica clínica

§ 13. *Más allá de las normas: racionalidad práctica y laguna prudencial.* Naturalmente, no todos los elementos ni toda la relación clínica dependen o están sujetos a normas: existe una dimensión no reconducible ni gobernable mediante normas o reglas. Cuando piensan y actúan, los sujetos de la relación clínica no pueden evitar orientarse por normas y dejarse influir por razones. Sin embargo, el conocimiento y cumplimiento de las normas no agota la corrección de la acción; siempre resta la dimensión prudencial.

Las normas no bastan. No es lo mismo la conducta gobernada por normas que la conducta descrita por normas<sup>42</sup>; tampoco es lo mismo el comportamiento “regular” o coincidente con una norma que el comportamiento “guiado por normas”. Ambos comportamientos pueden parecer idénticos desde la perspectiva de un observador o desde un punto de vista externo a la relación asistencial. En cambio, desde un punto de vista interno o desde la perspectiva del participante de la relación asistencial, actuar guiado por normas implica orientarse por una norma de la cual el agente —profesional asistencial, paciente— debe tener un concepto y, como participante comprometido en dicha relación o práctica, debe aceptarla como válida y correcta. En este sentido la norma opera en nuestra vida como modelo de razón para actuar, y no como mera regularidad causal; pero sólo funciona adecuadamente en compañía de la prudencia.

Seguir una norma no es una cuestión teórica sino de práctica vital. Las normas deben dominarse en la práctica, pues no pueden regular por sí mismas su aplicación. La práctica (la relación clínica) es una interpretación continua del significado de la norma,

<sup>41</sup> Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social (nota 39)*, 125 ss.

<sup>42</sup> Cfr. John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social (nota 39)*, 151. *Sobre el significado de seguir una regla es clásica y previa la referencia a Ludwig WITTGENSTEIN, Investigaciones filosóficas (1953), traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM/Crítica, 1988.*

que no sólo satisface sino que configura y da forma concreta a la norma en situaciones particulares. El saber implícito a cómo se sigue una norma antecede al saber explícito de cuál es la norma que uno sigue, a hacer explícita esa capacidad y formular como tal esa norma que intuitivamente se sabe. La sabiduría práctica o prudencia no radica en conocer las normas que guían una actividad sino en saber cómo actuar en cada situación particular. El conocimiento de las normas es un saber qué, un conocimiento teórico: el seguimiento de las normas es un saber práctico, no teórico ni técnico; un saber cómo, que no se da de antemano, sino que comparece en la misma acción<sup>43</sup> y que sólo puede experimentarse en su realización, entretejido en la práctica de la relación clínica. Hay una laguna prudencial entre la norma y su aplicación<sup>44</sup>.

### 3.3. *El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (I). Perspectiva médica*

§ 14. *Un cuidado sociosanitario.* La relación clínica es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado de la salud de las personas. Las prácticas sociales son realidades con un fin o bien interno, que en el caso de la relación clínica sintetizo en el cuidado de la salud. Con esta u otra denominación, más o menos amplia o genérica, éste ha sido y es el fin de la medicina y de las restantes profesiones asistenciales. El transcurso del tiempo ha modulado su significado, y ha ensanchado y detallado su ámbito de ejercicio.

En sentido lato, cuidado significa atención, o curación y cuidado de la salud. Lo relevante ahora es apuntar dos adjetivaciones del cuidado. El cuidado de la relación clínica es un cuidado sanitario y un cuidado o una asistencia social, lo que requiere concebir la denominada relación clínica como una relación *sociosanitaria*, en la que comparecen profesiones y profesionales asistenciales de muy diverso

signo: medicina, enfermería, psicología, trabajo social, fisioterapia, terapia ocupacional, ... En segundo lugar, la relación sociosanitaria acoge principalmente el que podríamos designar como cuidado *formal*, prestado por los profesionales asistenciales, por personal técnicamente cualificado, generalmente en el seno de instituciones (limitándome al modelo español: Sistema nacional de salud, Sistema nacional de la Seguridad social, el reciente Sistema para la autonomía y la atención de la dependencia, y sus homólogos autonómicos) y también el cuidado o apoyo *informal*, prestado regularmente en el seno de las familias y, dentro de éstas, mayoritariamente por las mujeres<sup>45</sup>.

En suma, en el cuidado de la salud se ha pasado del médico a la pluralidad de profesionales asistenciales; de la curación por la medicina a la curación y el cuidado por la medicina y las restantes profesiones sanitarias; del cuidado por las profesiones sanitarias al cuidado (sociosanitario) por varias profesiones asistenciales; de la relación clínica a la relación sociosanitaria; del cuidado del paciente al cuidado del paciente y la cuidadora.

§ 15. *Historia del significado de la salud.* La salud es un componente esencial de cualquier vida humana, y su cuidado es el fin de la medicina y de las profesiones asistenciales. A la vez, el cuidado de la salud es el fin propio de la relación clínica.

La salud es una realidad cultural o histórica, que no cabe reducir a puro hecho. Su significado es producto de una adecuada contextualización espacial, temporal, social e individual. La vía tradicional de caracterización de la salud la empareja con su concepto antagónico, dando lugar a definiciones negativas o, propiamente, dialécticas: es el caso de la contraposición entre salud y enfermedad. Aun así, la salud no siempre se ha entendido del mismo modo, en particular por la distinta apreciación de los valores de salud y enfermedad a lo largo de la historia. En la cultura primitiva, ejemplificada en los relatos de las

<sup>43</sup> Cfr. Carlos RODRÍGUEZ LLUESMA, "Seguir una regla y conocimiento práctico", *Anuario Filosófico* 28 (1995), 395-409.

<sup>44</sup> Cfr. Charles TAYLOR, "Seguir una regla" (1992), en *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad* (1995), traducción de Fina Birulés Bertrán, *Barcelona, Paidós, 1997*, 221-238, 235-236.

<sup>45</sup> Cfr. Eva F. KITLAY, "Caring for the Vulnerable by Caring for the Caregiver", en *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, Rosamond RHODES, Margaret P. BATLIN, Anita SILVERS (ed.), *Oxford University Press, New York, 2002*, 290-300.

grandes religiones mediterráneas, se concibe la salud como gracia y la enfermedad como des-gracia. En la cultura antigua, interpretando la realidad en términos de naturaleza, la salud se concibe como orden y la enfermedad como des-orden. En la cultura moderna, sobre todo a partir del siglo XVII, la salud no es ya primariamente una cuestión de hecho sino un problema de valor, y se entiende la salud como dicha y la enfermedad como des-dicha<sup>46</sup>. En el siglo XX, en consonancia con el modelo social, político y económico imperante, la salud deviene un bien de consumo y se concibe como bienestar<sup>47</sup>, en una suerte de sublimación del concepto moderno. Ejemplo de ello es la utópica definición de la Organización Mundial de la Salud del año 1946<sup>48</sup>.

Para el siglo XXI se ha ensayado un modo diverso de caracterización de la salud, más positivo o propositivo y autónomo, y también más equilibrado, alejado de la irrealidad e irrealizabilidad del concepto recién mencionado: se habla ahora de salud sostenible<sup>49</sup>. Ya no se trata de obtener el perfecto bienestar físico, intelectual y social, algo vetado e indeseable para una vida auténticamente humana. El objetivo es un bienestar razonable y prudente, que haga posible desarrollar una vida social valiosa<sup>50</sup>; y que sea, al tiempo, universalizable, esto es, que procure el grado de salud más alto posible para todos. Se habla ahora también de salud como capacidad humana básica<sup>51</sup>, como oportunidad o posibilidad de vida. La salud es valiosa porque nos capacita o habilita para perseguir nuestros objetivos vitales e interactuar en el marco social. Algo así propone la Organización Mundial de la Salud en los albores del siglo XXI en su nueva definición de salud desde una pers-

pectiva biopsicosocial –biológica, individual y social–, en términos de funcionamiento y capacidades, como resultado<sup>52</sup> de la interacción entre el individuo y el entorno<sup>52</sup>.

§ 16. *Los fines de las profesiones asistenciales en el siglo XXI.* Este enfoque prudencial de una salud sostenible y concebida como capacidad para perseguir los objetivos vitales e intervenir adecuadamente en el contexto social refleja el punto de vista médico presente en *Los fines de la medicina*, el informe elaborado por un grupo internacional de expertos convocado por el Hastings Center (Nueva York) y coordinado por Daniel Callahan<sup>53</sup>. Los cambios económicos, sociales, científicos y axiológicos exigen adoptar un punto de vista diferente y plantearse de nuevo los fines de la medicina. Sin olvidar la historia y la tradición propias de la medicina, hay que identificar sus valores fundamentales y sus fines inherentes, y entablar un diálogo permanente con la sociedad para redefinirlos y darles una expresión acorde con cada tiempo y lugar. La reinterpretación de los fines de la medicina exige definir previamente algunos conceptos, entre ellos el de salud. Éste, formulado en los términos recién indicados, es el concepto clave y más decisivo, pues su significado determina el modo en el que se concebirán los fines. Los fines de la medicina son cuatro, sin que exista jerarquía o prioridad *prima facie* de ninguno de ellos: 1) la prevención de enfermedades y lesiones y la promoción y la conservación de la salud; 2) el alivio del dolor y el sufrimiento causado por males; 3) la atención y la curación de los enfermos y los cuidados a los incurables; 4) la evitación de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte tranquila.

<sup>46</sup> Cfr. Diego GRACLA, "Historia de los conceptos de salud y enfermedad", en *Bioética clínica*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998, 19-31.

<sup>47</sup> Cfr. Diego GRACLA, "Medicina y cambio cultural", en *Como arqueros al blanco*. Estudios de Bioética, Madrid, Triacastela, 2004, 27-40.

<sup>48</sup> Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, Constitution Statement. WHO, Geneva, *World Health Organization*, 1946.

<sup>49</sup> Cfr. Daniel CALLAHAN, False hopes: Why american quest for perfect health is a recipe failure, *New York*, Simon & Schuster, 1998.

<sup>50</sup> Cfr. Diego GRACLA, "La medicina del siglo XX", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 41-78; Diego GRACLA, "Los fines de la medicina en el umbral del siglo XXI", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 79-91.

<sup>51</sup> Cfr. Martha C. NUSSBAUM, Las fronteras de la justicia (nota 17).

<sup>52</sup> Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), Geneva, *World Health Organization*, 2001. Versión en español: Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF), Madrid, OMS. OPS. IMSERSO, 2001

<sup>53</sup> Cfr. Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas (nota 9). Cfr. también Mark J. HANSON, Daniel CALLAHAN (ed.), The goals of medicine: the forgotten issues in health care reform, *Washington, D.C.*, Georgetown University Press, 1999.

### **3.4. El cuidado de la salud de las personas como fin de la relación clínica (II). Perspectiva ética y jurídica: capacidades, funcionamientos seguros, derechos**

§ 17. *Ética, Derecho y salud.* La evolución y la variedad de las concepciones de la salud revalidan su carácter histórico y la pluralidad de perspectivas para definirla. En todas ellas se advierte su importancia para la vida humana: la salud es una necesidad humana, pero es a la vez un valor o un bien apreciado por los individuos y las comunidades. Más aún, no es únicamente algo valioso, sino algo merecido por todos los seres humanos y, como tal, exigible. La salud es también una cuestión de justicia.

Toda sociedad justa estima imprescindible asegurar la salud como un bien básico para la convivencia, y lo hace a través de mecanismos informales o no institucionalizados, como los usos, las costumbres, o la moral, y a través de mecanismos institucionalizados, de los cuales el más importante es el Derecho. El Bioderecho y la Bioética se ocupan específicamente del análisis y de la tutela de la vida y la salud desde el Derecho y la Ética<sup>54</sup>.

La dimensión axiológica de la salud remite directamente a la Ética y al Derecho, así como a la Política, y demanda un modelo de relación clínica con una fundamentación adecuada y unos mecanismos eficaces de tutela y garantía para el cuidado universal y sostenible de la salud. Dos son sus pilares: el modelo de las capacidades y los funcionamientos seguros y el modelo de los derechos.

§ 18. *La salud como capacidad.* La salud es una de las capacidades humanas básicas. Así lo entiende el denominado enfoque de las capacidades<sup>55</sup>, para el que la finalidad última de la intervención y el cuidado en materia de salud no puede ser la satisfacción o el bienestar personal. Tampoco proporcionar recur-

sos, pues idénticos recursos de salud no garantizan necesariamente una igualdad real ni tampoco libertad suficiente para el desarrollo del propio proyecto vital, y pueden resultar inútiles o insuficientes para algunas personas. Los individuos varían en sus necesidades de recursos y en sus capacidades para convertirlos en posibilidades vitales o funcionamientos valiosos; además, existen obstáculos sociales, ligados a la estructura de la comunidad y a la elección de políticas públicas, sociales, económicas y jurídicas que reflejan la jerarquía de bienes en la sociedad. Tampoco dicha finalidad ha de apuntar directamente a los funcionamientos. Los funcionamientos señalan lo que la persona hace o es, y las capacidades lo que la persona puede o es capaz de hacer y ser. Primar los funcionamientos puede subordinar la autodeterminación de los individuos, porque es posible garantizarlos sin tomar en consideración la libertad personal, y conducir a una igualdad de resultados, que merma la facultad de autodeterminación.

La noción apropiada es la noción de capacidad, cuyo objetivo es proporcionar a los ciudadanos los medios necesarios para elegir, actuar y tener una opción realista en orden a poder elegir lo más valioso. Las capacidades, que son las facultades básicas de elección y libre configuración de la propia vida, fomentan la capacidad de hacer y ser, y establecen una conexión directa entre capacidad, libertad e igualdad. Han de entenderse como *capacidades combinadas*: capacidades internas del individuo junto con condiciones externas adecuadas para su ejercicio. Se configuran como posibilidades u oportunidades, y dejan margen de libertad para que cada individuo pueda definir su bien y sea el principal agente de su vida. El ejercicio de esas capacidades exige un contexto; esto es, unas condiciones básicas de igualdad que permitan convertirlas en funcionamientos. De este modo, la libertad y la igualdad tienen carácter primario: la primera como definición y ejercicio de las distintas capacidades, y la segunda como igualdad de oportunidades y no como igualdad de resultados. Asimismo, la diversidad de concreciones posibles de las capacidades en razón de las circunstancias y las elecciones refuerza la complementariedad de libertad e igualdad. Esto significa, de una parte, el rechazo de posiciones puramente autono-

---

<sup>54</sup> Una explicación más detallada en José Antonio SEOANE, "Derecho, Ética y salud", eidon. Revista de la Fundación de Ciencias de la salud 22 (julio-octubre 2006), 11-16 (en línea: <http://www.fcs.es/fcs/html/eidon22.html>). Visita: 15.1.2008).

<sup>55</sup> Cfr. Amartya SEN, Desarrollo como libertad (1999), traducción de Esther Robasco y Luis Toharía, Barcelona, Planeta, 2000; Martha C. NUSSBAUM, Las fronteras de la justicia (nota 17). Puede consultarse también el sitio web de la Human Development and Capabilities Association (<http://www.capabilityapproach.com/>) (Visita: 15.1.2008).

mistas, que prescinden de la igualdad en beneficio de una noción de libertad autosuficiente y descontextualizada, y de otra, el rechazo de las políticas meramente asistenciales o paternalistas. Una lista de las capacidades humanas centrales o básicas que incluye la salud y muchas otras directamente relacionadas con su cuidado es la siguiente: 1) Vida. 2) Salud física. 3) Integridad física. 4) Sentidos, imaginación, pensamiento. 5) Emociones. 6) Razón práctica. 7) Afiliación. 8) Relación con otras especies (animales, plantas y mundo natural). 9) Juego. 10) Control sobre el propio entorno: a) político; b) material)<sup>56</sup>.

§ 19. *La salud como funcionamiento seguro*. El complemento teórico del enfoque de las capacidades proviene del enfoque de los funcionamientos seguros<sup>57</sup>. La noción de capacidad es ambigua, y no siempre se usa en un mismo sentido y de forma coherente; también el concepto de funcionamiento que emplea es en ocasiones demasiado vago. En su lugar se propone la noción de oportunidad para el funcionamiento, en concreto de oportunidades genuinas para funcionamientos seguros, que resulta más precisa e intuitivamente más comprensiva. No se trata de garantizar únicamente un determinado nivel de funcionamiento en el momento presente, sino también el mantenimiento de dicho funcionamiento a lo largo del tiempo; disponer de alternativas razonables de actuación para asegurar el cuidado de la salud, evitando la exposición a riesgos extremos o el sacrificio de otras capacidades o funcionamientos. En esto consiste una oportunidad auténtica o genuina y un funcionamiento seguro.

A partir de la noción de desventaja social, caracterizada por tener un número reducido de verdaderas oportunidades para funcionamientos seguros, este enfoque considera tres factores para evitar desventajas derivadas de la falta de condiciones mínimas de salud: los recursos internos, los recursos externos y el marco o estructura social. De ellos se enfatiza la acción en el tercero, la estructura o marco social, defendiendo como principal política de justi-

cia social la mejora del estatus, en lugar de la compensación, las mejoras personales o las mejoras en los recursos.

Aunque ya presente en el enfoque de las capacidades, el enfoque de los funcionamientos seguros incorpora el lenguaje y la ética del cuidado al lenguaje y la ética de la justicia, y subraya la dimensión activa y comunitaria. La importancia de la dimensión social y del carácter institucional de la relación clínica, singularmente de las normas jurídicas que la regulan, se refleja en la adición de nuevas categorías a las lista de capacidades humanas básicas: 11) Hacer bien a los otros, en el sentido de ser capaces de cuidar a los demás como forma de expresión de la propia humanidad, y ser capaz de expresar gratitud. 12) Respetar y cumplir el Derecho, es decir, tener la posibilidad de vivir dentro de los límites del Derecho, sin sentirse obligado o forzado a incumplir la ley, o a estafar, engañar o defraudar a otras personas e instituciones. 13) Comprender el Derecho, tanto las obligaciones que impone como los derechos y facultades que otorga y las oportunidades que ofrece, lo que exige un sistema jurídico accesible e inteligible.

La salud se confirma como una categoría básica del enfoque de los funcionamientos seguros, y amplía su rango al establecer condiciones que garantizan su cuidado y mantenimiento en el tiempo –por ejemplo, el tratamiento específico de problemas crónicos de salud–. Además, las tres nuevas categorías enriquecen el enfoque de las capacidades y se ajustan a la propuesta de comprensión de la relación clínica sostenida aquí. La categoría 11 enfatiza la dimensión del cuidado de la salud de los demás y la dimensión social de dicho cuidado; esto es, confirma la finalidad de la relación clínica y su consideración como práctica social o actividad humana cooperativa. Por su parte, las categorías 12 y 13 añaden una atención singular al carácter institucional de la relación clínica, destacando la importancia del conocimiento y respeto del entramado normativo que la regula, especialmente de las normas jurídicas.

§ 20. *La salud como derecho*. El valor y el merecimiento de la salud y su condición de deber de justicia, de cuidado debido, justifican su reconoci-

<sup>56</sup> Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia (nota 17)*, 88-89.

<sup>57</sup> Cfr. Jonathan WOLFF, Avner DE-SHALIT, *Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

miento y protección como un derecho. Los derechos expresan el valor y el merecimiento de la salud y la continuidad de la Filosofía práctica, de la Ética, la Política y el Derecho. Se reconocen en razón de la condición de persona, y reflejan y garantizan valores de alcance universal. Constituyen *universalia iuris materialis*<sup>58</sup>, un elemento que ha de estar presente en cualquier tiempo y lugar, y que integra el núcleo de la justicia en materia de salud. Por otra parte, los derechos desempeñan un rol esencial en los dos factores de transformación de las sociedades contemporáneas, la constitucionalización y la globalización: bajo la forma de derechos fundamentales constituyen el elemento nuclear de los modernos Estados constitucionales de Derecho, y es creciente el consenso en torno a la noción de derechos humanos como valor aceptado por la comunidad internacional.

En el plano internacional el reconocimiento de la salud como derecho se constata ya en el Preámbulo de la Constitución de la OMS (1946) y, dos años más tarde (1948), en la Declaración universal de derechos humanos (artículo 25.1). Con posterioridad, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (art. 12) y numerosas disposiciones, hasta la reciente Declaración universal sobre Bioética y derechos humanos de la UNESCO (2005), han perfilado el estatuto jurídico de la salud en el Derecho internacional de los derechos humanos. Mención especial merecen el Consejo de Europa, que ha modificado el marco normativo europeo con el Convenio de derechos humanos y biomedicina (1997), sus protocolos adicionales, sus Recomendaciones y otras iniciativas normativas desde finales de los años setenta, y la UNESCO, que ha hecho lo propio en el plano internacional con sus Declaraciones y otras disposiciones en materia de Bioética y Bioderecho<sup>59</sup>.

En el plano nacional, la protección de los derechos comienza en los textos constitucionales y se

completa con la labor legislativa y jurisprudencial. En España, la Constitución de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud en su artículo 43.1 y tutela indirectamente la salud mediante otros derechos de su catálogo iusfundamental (artículos 10, 14, 15, 16, 17, 18 y otros CE) y una estructura institucional integrada por órganos y procedimientos destinados a su protección. Desde entonces el desarrollo legislativo ha sido incesante. Una primera etapa se culmina con la aprobación de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril: LGS), primer catálogo de auténticos derechos en el ámbito sanitario, y una segunda etapa, de consolidación y ampliación, se articula a partir de la Ley básica de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: LBAP), que actualiza y reemplaza el catálogo de derechos del artículo 10 LGS, y estimula la promulgación de un sinfín de disposiciones autonómicas semejantes, y de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo), que revisa la estructura del sistema sanitario. A ellas han de unirse las sucesivas Leyes de Seguridad social y otras que subrayan la dimensión social del cuidado de la salud, ejemplificadas por la Ley de promoción de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

§ 21. *La salud como capacidad, funcionamiento seguro y derecho.* Las relaciones entre capacidades y derechos son estrechas<sup>60</sup>. Los derechos humanos o derechos fundamentales son un cauce para la determinación, la formulación, la satisfacción y el ejercicio de las capacidades. Mediante los derechos se identifican, enuncian y garantizan los bienes y valores básicos para una vida digna, en forma de preten-

<sup>58</sup> Cfr. Robert ALEXY, "Derecho, discurso y tiempo" (1995), traducción de José Antonio Seoane y Pablo Rodríguez, en *La institucionalización de la justicia*, José Antonio SEOANE (ed.), Granada, Comares, 2005, 69-87.

<sup>59</sup> Cfr. Roberto ANDORNO, "First steps in the development of an international bio-law" en *New pathways for European Bioethics*, Chris GASTMANS, Kris DIERICKX, Herman NYS, Paul SCHOTMANS (eds.), Antwerp, Intersentia, 2007, 121-138.

<sup>60</sup> Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia* (nota 17); Paul RICOEUR, "Capabilities and rights", en Séverine DENEULIN, Mathias NEBEL, Nicholas SAGOVSKY (eds.), *Transforming unjust structures: the capability approach*, Springer, Dordrecht, 2006, 17-26; Amartya SEN, "Elements of a theory of human rights", *Philosophy & Public Affairs* 32/4 (2004), 315-356; Amartya SEN, "Human rights and capabilities", *Journal of Human Development* 6/2 (2005), 151-166.

siones justificadas y exigibles. La triple dimensión de los derechos los convierte en una vía adecuada para la traducción jurídica de las capacidades –y (las oportunidades para) los funcionamientos seguros–. Son una categoría moral, que identifica y expresa las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad, y constituyen un criterio sustantivo de validez. Son una categoría jurídica, incluida en las disposiciones jurídicas estatales de mayor rango, las Constituciones, y en relevantes disposiciones o declaraciones internacionales; son, además, normas jurídicas vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos, que garantizan un ámbito de libertad a las personas. Son, finalmente, una categoría política, en su condición de normas objetivas o institucionales, que articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos y actúan como el principal criterio de legitimidad del poder.

El modelo de los derechos subraya la importancia de las capacidades y los funcionamientos seguros, el valor de la facultad de autodeterminación (capacidades internas y recursos internos) y la necesidad de un contexto de igualdad y libertad para el ejercicio de las capacidades y los funcionamientos (condiciones externas y recursos externos en un marco social) en orden al diseño de un proyecto de vida propio. Desde el enfoque de las capacidades, los derechos aparecen como capacidades combinadas: capacidades internas del individuo y condiciones externas adecuadas; desde el enfoque de los funcionamientos seguros, los derechos requieren recursos internos, recursos externos y un marco o estructura social. Así, tener un derecho implica la existencia de medidas efectivas para que su titular pueda ejercerlo y disfrutarlo; es decir, al reconocimiento de su titularidad a todas las personas añadir la garantía de su disfrute.

### 3.5. El rumbo de la relación clínica

§ 22. *Evolución médica, ética y jurídica del cuidado de la salud.* La valoración y la definición de la salud compete a todos los ciudadanos. Incluir el cuidado de la salud en el catálogo de capacidades básicas, funcionamientos seguros y derechos, y configurar su protección como una prioridad moral, jurídica

y política ha posibilitado el tránsito de la atención a la salud como beneficencia o caridad hacia el cuidado de la salud como deber de justicia y como derecho; de una protección benéfica, subordinada a la existencia de enfermedad y no garantizada a la totalidad de la población, hacia el reconocimiento de la protección de la salud como un derecho y un deber de justicia, la atención integral de la salud en condiciones básicas de igualdad y la progresiva universalización subjetiva; de la atención a la salud desde una perspectiva negativa, como curación de la enfermedad, hacia la consideración de la salud en un sentido positivo e integral, referido sobre todo a la educación, prevención y mejora de las condiciones de salud, tanto individuales como colectivas. Dicha evolución se ha traducido en una intensa transformación del sistema jurídico-sanitario<sup>61</sup>.

A partir de esta primera elección restan otras, individuales y colectivas, que delimitan el contorno de la salud como concepto, como valor y como derecho. Cobra sentido, por tanto, sugerir algunas orientaciones para encarar retos pendientes: 1) ampliar el ámbito subjetivo de titulares o personas que disfrutan del derecho a la salud, hasta la completa universalización, a nivel nacional e internacional; 2) evitar discriminaciones injustificadas en el acceso al cuidado y tratamiento de la salud; 3) eliminar la inequidad y los desequilibrios territoriales, a nivel nacional e internacional; 4) reforzar la solidaridad intergeneracional; 5) superar la perspectiva sanitaria añadiendo la perspectiva social, para culminar el proceso, ya iniciado, de conversión del cuidado de la salud en una verdadera asistencia sociosanitaria; 6) ensanchar y perfilar el contenido material del derecho, en particular a través de un catálogo de prestaciones; 7) integrar una pluralidad de dimensiones no estrictamente clínicas en el derecho, referidas sobre todo a la toma de decisiones autónomas sobre la propia salud (información, intimidad, confidencialidad, consentimiento, educación, participación, etc.); 8) subrayar el significado del derecho a la salud como derecho individual, consistente en la posibilidad de elegir autónomamente cómo vivir y disfrutar de la

<sup>61</sup> Cfr. Juan María PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos (nota 6)*.

propia salud, y no en la imposición de una salud determinada; 9) subrayar la dimensión objetiva o institucional del derecho a la salud, que atribuye a las instituciones la obligación de proporcionar los cuidados básicos de salud, individual y pública, para la gestión individual de cada proyecto de vida.

### 3.6. *El carácter normativo de la relación clínica*

§ 23. He presentado la relación clínica como práctica social institucionalizada destinada al cuidado sociosanitario de la salud, comprendida como capacidad y como funcionamiento seguro y garantizada como derecho. He subrayado su carácter institucional y la importancia de las normas comunes que orientan y delimitan la actuación de los sujetos de la relación clínica, así como de una comunicación y una comprensión adecuadas de su significado y modo de funcionamiento. No todas las normas tienen el mismo carácter ni la misma relevancia y jerarquía, por lo que es decisivo conocer el papel de los distintos órdenes normativos en la relación clínica. Esta tarea cobra mayor relieve por el cambio de trasfondo normativo, que deja atrás los modelos paternalista y autonomista a favor de un modelo articulado en torno a las capacidades, los funcionamientos seguros y los derechos.

El malentendido sobre esta cuestión conduce a interpretar y aplicar de forma incorrecta las normas reguladoras de la relación clínica y, por ende, a malinterpretar la propia relación. He intentado clarificar el significado del Derecho y de las normas jurídicas en el proceso de planificación anticipada de la atención y las instrucciones previas, a partir de la distinción entre principios y reglas, común en la teoría de las normas o enunciados jurídicos<sup>62</sup>. Reglas y principios son dos tipos de normas jurídicas; ambos tienen carácter normativo, esto es, guían la conducta de forma obligatoria. Deben ser seguidos y cumplidos por sus destinatarios, pero de manera distinta. Las reglas tienen un carácter concreto y determinado. Son mandatos disyuntivos y defi-

nitivos, que imponen la realización de una determinada acción; son mandatos de *ought to do*, de hacer o no hacer, que se cumplen o no se cumplen. Por su parte, los principios son normas con un carácter más flexible y abierto. Son mandatos de *ought to be*, que apuntan a la conservación o la obtención de un fin o estado de cosas valioso; o mandatos de optimización, que imponen que algo (la instrucción previa del paciente) sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Su correcta aplicación exige la ponderación, son susceptibles de graduación y, en consecuencia, de diversos modos y grados de cumplimiento. En este sentido, la manifestación del otorgante de un documento de instrucciones previas sobre la donación de sus órganos tras el fallecimiento, o la designación de su representante han de ser interpretadas como reglas: o se autoriza o no se autoriza la extracción, o se designa a una determinada persona como representante o no se designa; *tertium non datur*. Por el contrario, aquellas manifestaciones de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de la salud del otorgante de carácter genérico, y aun las de tenor más casuístico (e.g. el deseo de no recibir tratamiento de soporte vital o de interrumpir el tratamiento iniciado cuando sea inefectivo para mantener una adecuada calidad de vida), que pueden plantear problemas por la dificultad de establecer su correspondencia con el “supuesto de hecho” previsto en el momento del otorgamiento, parecen acomodarse mejor al modelo de los principios.

### 3.7. *El carácter lingüístico de la relación clínica*

§ 24. Si el ser humano es un sujeto capaz de lenguaje y acción, vinculado a otros sujetos y comprometido con la intersubjetividad, la relación clínica puede concebirse como un acto lingüístico y como una acción comunicativa<sup>63</sup>. Como características

<sup>62</sup> Cfr. José Antonio SEOANE, “Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud* 14/2 (2006), 285-295, en particular 290.

<sup>63</sup> Una reflexión sobre los modelos de relación asistencial a partir de la naturaleza lingüística y comunicativa del ser humano en Vilhjálmur ÁRNASON, “Ética y sanidad: dignidad y diálogo en la relación asistencial” (nota 38). Cfr. también Ezequiel J. EMMANUEL y Linda L. EMMANUEL, “Cuatro modelos de relación médico-paciente” (1992), traducción de Jesús González Sánchez; revisión de Azucena Couceiro, en Azucena COUCEIRO (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela, 1999,

políticas y sociales, lenguaje y acción se traducen como diálogo y enuncian un paradigma relacional y un paradigma moral. El diálogo es una toma de posición valorativa y un modo de concebir la relación clínica, que subraya el respeto universal del otro y la utilización de la racionalidad, la argumentación, la deliberación y otras formas de lenguaje para orientar y coordinar las acciones de los sujetos implicados.

Desde esta perspectiva, el paciente o usuario es un agente moral capaz y legitimado para tomar decisiones acerca de su vida y su salud, que delibera sobre sus objetivos personales y actúa bajo la dirección de esa deliberación. Su capacidad de comunicación, inteligencia práctica y sensibilidad, y su participación en el diálogo acerca de su salud lo convierten en un interlocutor válido que interactúa con el resto de interlocutores –profesionales asistenciales y no asistenciales,<sup>64</sup> familiares, otros terceros– en la relación clínica .

§ 25. *Pluralidad de lenguajes. El lenguaje de las emociones.* El lenguaje es un sistema de signos mediante el cual el ser humano configura, enuncia y transmite sus ideas y sus emociones. Característico del lenguaje humano es su expresión mediante la palabra, oral y escrita. No obstante la comunicación humana no tiene lugar únicamente a través de la palabra; existen modalidades de lenguaje y de comunicación no verbal de enorme importancia en la relación clínica: gestos, movimientos corporales, estados de ánimo, emociones.

Un ingrediente singular de la relación clínica son las emociones. Como seres lingüísticos, podemos y estamos obligados a reflexionar y decir qué sentimos. Es lo que los teóricos denominan lexitimia, es decir, la capacidad de traducir en palabras las experiencias sentimentales o emocionales y formular verbalmente la cognición del sentimiento. No obstante, una cosa es sentir y otra muy distinta es decir lo que se siente. Ésta es una tarea difícil, que se torna

más compleja en algunos momentos de la relación clínica. Afortunadamente, nuestra capacidad lingüística no se reduce a la palabra. Los sentimientos comparados, se muestran, y el lenguaje de las emociones es sobre todo extraverbal: gestual, conductual, incluso innato o irreflexivo. Esto es, no siempre y no todas las emociones se expresan de modo lingüístico – o, de modo más preciso, verbal– pero el lenguaje las cambia. Enunciar o denominar nuestras emociones las modifica, las organiza, las relaciona, las perfila. Ser capaz de articular las propias emociones implica, *eo ipso*, tener una vida emocional diferente. Y ello exige conocer la gramática emocional de nuestra sociedad, pues cada sociedad desarrolla unas prácticas emocionales que condicionan el contenido y la perspectiva emocional de sus miembros<sup>65</sup> .

Las emociones y el lenguaje emocional parecen una cuestión más ética que jurídica. Cabe, sin embargo, identificar su presencia en el Derecho<sup>66</sup>, mediante su transformación en un deber perfecto o de justicia, exigible como tal. Algo así ha sucedido con las obligaciones de cuidado. Una de las grandes emociones, la compasión, sostenía el cuidado de los más necesitados. En la actualidad, en especial tras la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, el cuidado ha adquirido rango jurídico. Ya no es un deber de solidaridad, caridad, compasión, sino un deber de justicia y, como tal exigible por los ciudadanos.

La pluralidad de lenguajes de la relación clínica se percibe en su modo de manifestación (palabra, silencio, gesto, estado de ánimo) y en su léxico (emociones, principios, derechos, valores, normas);

109-126. Otro ensayo más reciente en Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26). Un intento de configuración lingüística del consentimiento informado en Jan MARTA, "A linguistic model of informed consent", The Journal of Medicine and Philosophy 21 (1996), 41-60.

<sup>64</sup> Cfr. Adela CORTINA, "Un concepto 'transformado' de persona para la Bioética", en Ética aplicada y democracia radical, Madrid, Tecnos, 1993, 223-240.

<sup>65</sup> Cfr. Martha C. NUSSBAUM, Upheavals of thought. The intelligence of emotions, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 2001, 149 ss. Cfr. antes Martha C. NUSSBAUM, Justicia poética (1995), traducción de Carlos Guardini, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997, en especial 85-114: comparto su análisis de la influencia de las emociones en los juicios y la racionalidad, subrayando las situaciones de vulnerabilidad y dependencia, pero me parece que su propuesta del espectador imparcial de Adam Smith ("espectador juicioso" en el texto: 107 ss.) como punto de vista moral racional puede resultar válida en otros ámbitos pero no para el aquí estudiado de la relación clínica.

<sup>66</sup> Una reflexión sobre el papel de las emociones en el Derecho en Martha C. NUSSBAUM, El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley (2004), traducción de Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz, 2006.

también se percibe en la pluralidad de funciones (declarativa, expresiva, apelativa, comunicativa) y en el modo de articular tales lenguajes. Con todo, lo relevante es que los sujetos de la relación clínica adquieran competencia lingüística, y esto no se logra únicamente con el estudio de la gramática; el dominio de una lengua, y también del lenguaje de la relación clínica, exige práctica comunicativa.

### 3.8. El carácter comunicativo de la relación clínica

§ 26. El lenguaje no sólo dice algo sino que es algo con lo que hacemos algo. Tiene una dimensión proposicional y una dimensión performativa o pragmática, que introduce a los interlocutores en el nivel de la intersubjetividad y sin la cual el lenguaje no alcanza su objetivo comunicativo.

*La teoría de los actos de habla.* Hablar es una forma de conducta<sup>67</sup>. Decir algo es hacer algo. Los enunciados lingüísticos no son únicamente descriptivos o constataivos: no se limitan a dar cuenta de hechos o describir situaciones; junto a ellos existe otro tipo de enunciados, realizativos o performativos, pues emitir la expresión es realizar una acción, que no se concibe como el mero decir algo<sup>68</sup>. En concreto, se distinguen tres sentidos básicos del decir como “hacer algo” y tres actos o dimensiones de los actos lingüísticos<sup>69</sup>:

1. Acto locucionario: *decir* algo es hacer algo; el acto de decir algo. El hablante expresa un enunciado con sentido y contenido. En él radica el significado de las expresiones.

2. Acto ilocucionario: *al decir* algo hacemos algo; es lo que hacemos o llevamos a cabo diciendo algo. Ello exige precisar en qué modo lo decimos (orden, pregunta, promesa, juicio, ruego, afirmación, autorización,...). Ante la multiplicidad de funciones o usos del lenguaje, fija el modo en el que ha de comprenderse el acto locucionario y el sentido de la acción. En él radica la fuerza de las expresiones.
3. Acto perlocucionario: *porque decimos algo* hacemos algo; causar algo porque decimos algo o mediante lo que se hace diciendo algo. Alude a las consecuencias o efectos que tienen lugar porque decimos algo (temor, tranquilidad, sorpresa, alivio,...).

De todos ellos, es la dimensión ilocucionaria, en cuanto dimensión pragmática del lenguaje, la que centra el interés del modelo de relación clínica como acción lingüística y comunicativa.

Los actos de habla acentúan la dimensión pragmática del lenguaje y la relación entre lenguaje, acción y norma, en tanto que la acción comunicativa destaca la dimensión de intersubjetividad a partir de la comunicación como manifestación del lenguaje y la acción<sup>70</sup>. Una acción comunicativa es aquella coordinada por un empleo del lenguaje orientado al entendimiento y el acuerdo. Para hacer esto posible, al usar el lenguaje toda persona formula, implícita o explícitamente, cuatro pretensiones de validez: 1) *comprensibilidad*: expresarse con corrección gramatical, con apoyo en las reglas sintácticas y semánticas; 2) *verdad*: que la proposición dé a entender algo existente y que represente objetivamente los hechos; 3) *veracidad*: que la intención manifiesta del hablante se exprese del mismo modo que es exteriorizada; 4) *corrección*: que el contenido del acto lin-

---

<sup>67</sup> Cfr. John R. SEARLE, Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje (1969), traducción de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, 4.ª edición, 1994, 17

<sup>68</sup> Cfr. John L. AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras (1962), traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 5.ª reimpresión, 1998, 41-47.

<sup>69</sup> Cfr. John L. AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras (nota 68), 138 ss. Cfr. asimismo John R. SEARLE, Actos de habla (nota 67), 31-34.

---

<sup>70</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social (1981; 1987<sup>4</sup>), traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, 378.

güístico se ajuste a un determinado contexto normativo reconocido socialmente como válido.

Un acto de habla comunicativamente logrado exige satisfacer, y no únicamente formular<sup>71</sup>, las cuatro pretensiones: comprensibilidad, verdad, veracidad y corrección<sup>72</sup>. En tal sentido, son normas constitutivas de la comunicación<sup>73</sup>, cuya infracción no implica una comunicación imperfecta o incorrecta sino la ausencia de una auténtica comunicación o acción comunicativa. La comprensibilidad (1) tiene un estatus especial, pues toda comunicación lingüística ha de presuponerla para que las otras dimensiones puedan tener sentido. Las tres dimensiones restantes han de ser comprobadas por el receptor u oyente y, en caso de ser cuestionadas, compete al emisor justificarlas. Presuponen un estado de cosas extralingüístico y una relación entre los enunciados y el mundo (2) verdad: mundo objetivo; 3) veracidad o sinceridad: mundo subjetivo; 4) corrección: mundo social o intersubjetivo<sup>74</sup>.

*Las reglas de la argumentación clínica.* El uso del lenguaje presupone la utilización y la aceptación de normas. La comprensión del sentido ilocutivo y de la acción implicada en el decir exige conocer el sentido normativo por el cual un sujeto se siente autorizado u obligado a realizar determinada acción o por el que considera que el destinatario obedecerá un imperativo. La comprensión opera siempre sobre un trasfondo, que otorga significado a lo que se dice y a lo que se hace, y que ha de ser compartido por los participantes para que la comunicación tenga

sentido<sup>75</sup>. La corrección, propiamente la no incorrección, de nuestros argumentos y discursos depende del respeto de una serie de normas o reglas. Su cumplimiento no garantiza el logro de una decisión óptima, pero sí la no incorrección de tal decisión. Aunque la dimensión práctica (moral, jurídica, política) de nuestra acción va más allá de las normas —que no agotan las posibilidades de decisión y actuación, y demandan la intervención del juicio prudencial, no sometido ni guiado plenamente por normas—, el conocimiento y respeto de las normas enmarca y guía la relación clínica<sup>76</sup>.

No todos los actos de habla tienen finalidad comunicativa. Tampoco todas las acciones comunicativas son iguales, pues no todas persiguen la misma finalidad ni todas alcanzan su objetivo o resultan óptimas, sin que eso implique una ausencia total de comunicación. Es posible distinguir dos tipos de acción comunicativa. 1) *Acción comunicativa en sentido débil*, en la cual el entendimiento se refiere a hechos y razones relativos al actor que sostienen expresiones de voluntad unilaterales, y donde no existe expectativa recíproca de guiarse por normas y valores comunes o de aceptar obligaciones mutuas. 2) *Acción comunicativa en sentido fuerte*, en la que el entendimiento se extiende a las razones normativas subyacentes, a las orientaciones de valor compartidas y a las pretensiones de corrección reconocidas intersubjetivamente. Los participantes cuentan con un mundo social o trasfondo compartido y dan por supuesto que se guían por hechos, que dicen aquello que creen y tienen por verdadero y que persiguen planes de acción dentro de los límites de las normas y valores válidos<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> Sobre la distinción entre formular y satisfacer la pretensión de corrección, cfr. Robert ALEXY "Derecho y corrección" (2000), traducción de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó, en *La institucionalización de la justicia* (nota 58), 31-54, 32-36.

<sup>72</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (nota 70), 327-331. Cfr. asimismo Jürgen HABERMAS, "Teorías de la verdad" (1973), traducción de Manuel Jiménez Redondo, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 2ª edición, 1994, 136-138.

<sup>73</sup> Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, *Rethinking informed consent in bioethics* (nota 26), 64.

<sup>74</sup> Cfr. la exposición de Juan Carlos VELASCO, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza, 2003, en particular 38.

<sup>75</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, "Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla", traducción de Pere Fabra, en *Verdad y justificación* (1999), Madrid, Trotta, 2002, 99-131, 116.

<sup>76</sup> *El catálogo más completo de reglas de argumentación práctica corresponde a Robert ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 184-201y 283-285.

<sup>77</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, "Racionalidad del entendimiento" (nota 75), 117 ss.

Esta última es la auténtica relación clínica, donde los sujetos son responsables epistémica y éticamente del éxito de su acción comunicativa. Toda comunicación implica un compromiso práctico y cognitivo de los agentes implicados, que comparten un lenguaje y un trasfondo, explícito e implícito, y han de ser sensibles a los compromisos y aptitudes de los otros interlocutores y a las características particulares del contexto<sup>78</sup>. En la relación clínica como práctica social institucionalizada, la comunicación es resultado del diálogo y la cooperación entre los sujetos de la relación clínica, comprometidos en el cuidado de la salud del paciente en un marco normativo común y compartido (aunque sus argumentos no sean necesariamente coincidentes<sup>79</sup>, pues admite el disenso o la diferencia entre ellos).

### 3.9. El carácter prudencial de la relación clínica

§ 27. La relación clínica es una actividad o práctica social institucional, guiada por normas. Sin embargo, éstas no agotan su significado ni la explican por completo. La actuación humana no se gobierna únicamente mediante normas; requiere la deliberación y la prudencia. Identificar corrección, y más aún excelencia, con respeto de las normas equivale a admitir la existencia de una ciencia o *techné* del razonamiento práctico, que arrinconaría la dimensión prudencial y la deliberación y empobrecería el universo de la acción.

La prudencia es una virtud situada<sup>80</sup> o contextualizada, entre la certeza y el conocimiento apodíctico y la mera opinión<sup>81</sup>, de lo general o abstracto a lo individual o singular. La deliberación prudente toma en consideración el marco general de las normas y lo ajusta con flexibilidad a la situación concreta, que es siempre nueva en algún sentido. Las normas adoptan forma universal para describir una situación real. Toman en consideración los casos típicos o previsibles en el momento de su elaboración, pero no pueden dar cuenta de toda su riqueza ni captar ciertos detalles. Su formulación o tipicidad es aproximativa, ejemplificadora. Brinda estabilidad al identificar los rasgos más relevantes, proporciona orientaciones normativas e ilumina ante los hechos concretos, pero la percepción e interpretación de éstos es particular y no está regulada de antemano; la experiencia de lo particular enriquece y modula la concepción general.

La imperfección del ser humano, el carácter incompleto del mundo o la necesidad de individualizar las decisiones son razones para que la actuación del ser humano se apoye en la deliberación y la prudencia<sup>82</sup>. A los condicionantes antropológicos y existenciales han de añadirse tres atributos de lo práctico que muestran la insuficiencia de las normas. 1) La mutabilidad o falta de fijeza. La norma sólo comprende lo visto con anterioridad, y el mundo ofrece configuraciones nuevas para el agente. 2) La indeterminación o indefinición, en atención a la diversidad de contextos prácticos y la relatividad situaciones de la elección correcta. La decisión prudencial, que ha de ajustarse a las exigencias de la situación concreta, no está contenida en la norma universal. 3) La irrepitibilidad de lo particular, debido funda-

<sup>78</sup> Cfr. Neil C. MANSON & Onora O'NEILL, Rethinking informed consent in bioethics (nota 26), 54-67.

<sup>79</sup> La teoría discursiva no resulta suficiente para una fundamentación satisfactoria de la relación clínica. Una propuesta de superación mediante un modelo de hermenéutica crítica en Jesús CONILL, "El carácter hermenéutico y deliberativo de las éticas aplicadas", en Adela CORTINA, Domingo GARCÍA-MARZÁ (eds.), Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista, Madrid, Tecnos, 2003, 121-142; Jesús CONILL SANCHO, Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad, Madrid, Tecnos, 2007. Cfr. también Adela CORTINA, "El quehacer público de la ética aplicada: ética cívica transnacional", en Adela CORTINA, Domingo GARCÍA-MARZÁ (eds.), Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista (nota 79), 13-44. En un sentido semejante al del presente texto cfr. José Antonio SEOANE, "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", en Pedro SERNA (dir.), De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas, segunda edición aumentada, Granada, Comares, 2005, 105-196, 172-189.

<sup>80</sup> Cfr. Pierre AUBENQUE, La prudencia en Aristóteles (1962), traducción de M. José Gómez Torres-Pallete, Barcelona, Crítica, 1999, 78.

<sup>81</sup> Sobre la prudencia como virtud cfr. ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco VI, 5. En cuanto a la contingencia como ámbito de la prudencia cfr. VI, 5, 1140b 27 y VI, 6, 1141a 1. Respecto de la deliberación cfr. III, 3, 1112a 32-33 y III, 3, 1112b 3-4, así como Ética a Eudemo II, 10, 1126a 21-28. Sobre la buena deliberación Ética a Nicómaco VI, 9.

<sup>82</sup> Cfr. Pierre AUBENQUE, La prudencia en Aristóteles (nota 80), 105.

mentalmente a la complejidad y variedad de las situaciones<sup>83</sup>.

Así sucede en el ámbito clínico, donde el ejercicio de la prudencia remite a la deliberación: el método de la ética clínica es la deliberación<sup>84</sup>. El objetivo de la deliberación es la toma de decisiones prudentes o razonables, haciéndose cargo de todas las dimensiones presentes en la relación clínica (hechos, valores, emociones, deberes, normas). No se trata de que todos adopten la misma decisión ante un caso concreto, sino que todos, tomen la que tomen, lleguen a decisiones prudentes. Se trata, en fin, de incrementar la prudencia de las decisiones elegidas, aunque éstas no coincidan entre sí.

De nuevo la información sirve como ejemplo, esta vez de la inevitabilidad del carácter prudencial de la relación clínica. El trasfondo normativo del proceso de información está razonablemente regulado por diversas clases de normas, entre ellas los artículos 4 y 5 LBAP. Pero esta norma legislativa es únicamente un importante punto de partida, que necesita interpretación y determinación en cada aplicación concreta. Cada paciente tiene un nivel de comprensión y unas necesidades particulares, e incluso dicho nivel y dichas necesidades oscilan en un mismo paciente en razón de las circunstancias. Para adoptar una decisión sobre la inteligibilidad o sobre el volumen de información que corresponde comunicar a cada paciente en cada momento, o incluso sobre su capacidad para comprender dicha información, el profesional está asistido por la prudencia, y dispone de un ámbito legítimo de discrecionalidad no sometido plenamente al dictado de las normas. Caso paradigmático de un ejercicio atemperado de la prudencia es el estado de necesidad terapéutica<sup>85</sup>,

que sirve al tiempo para mostrar la evolución del trasfondo institucional de la relación clínica y la sujeción normativa de la actividad de los participantes en ella, en este caso del médico y del resto de profesionales asistenciales. Finalmente, estos supuestos que ejemplifican el vaivén entre lo fáctico y lo normativo, y la culminación de la comprensión y el hallazgo de una respuesta prudente tras la interpretación y aplicación en el caso concreto remiten al carácter hermenéutico —narrativo— de la relación clínica<sup>86</sup>.

### 3.10. El carácter narrativo de la relación clínica

§ 28. La relación clínica es concebible como relato o historia. Desde la perspectiva del paciente, es un conjunto de episodios que reflejan su evolución sociosanitaria y vital. La estructura narrativa de la relación clínica es una manifestación del carácter narrativo de la vida humana. Como cualquier relato vital, es un relato pluridimensional y un relato en común. No sirve únicamente para identificar al paciente sino que incorpora los caracteres de los restantes sujetos de la relación clínica: profesionales asistenciales y no asistenciales, familiares, etc.; éstos no sólo aparecen parcialmente retratados sino que además contribuyen a retratar y definir intersubjetivamente la identidad del paciente. Además, en la relación clínica no comparecen únicamente hechos; hay también valores, juicios, prejuicios, normas, conjeturas, emociones, etc.<sup>87</sup>.

---

*sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho"*

<sup>83</sup> Cfr. Martha C. NUSSBAUM, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (1986), traducción de Antonio Ballesteros, Madrid, Visor, 1995, 385-388.

<sup>84</sup> Cfr. Diego GRACIA, "La deliberación moral: el método de la ética clínica", en Diego GRACIA y Javier JÚDEZ (eds.), *Ética en la práctica clínica*, Madrid, Triacastela, 2004, 21-32; Diego GRACIA, *Como arqueros al blanco* (nota 47).

<sup>85</sup> Cfr. artículo 5.4 LBAP: "El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente

<sup>86</sup> Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, I (1975<sup>a</sup>), traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, sexta edición, 1996; Hans-Georg GADAMER, *El estado oculto de la salud* (1993), traducción de Nélida Machain, Barcelona, Gedisa, 1996. Desde una perspectiva bioética cfr. Diego GRACIA, "Ética narrativa y hermenéutica", en *Como arqueros al blanco* (nota 47), 197-224.

<sup>87</sup> En cuanto a la identidad narrativa en general cfr. Paul RICOEUR, *Si mismo como otro* (1990), traducción de Agustín Neira Calvo con la colaboración de María Cristina Alas de Tolivar, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, en particular quinto y sexto estudios, 106-172. Sobre la estructura narrativa de la vida cfr. Alasdair MACINTYRE, *Tras la virtud* (nota 37), 252-277. *Acerca de la concepción narrativa de la vida* cfr. Charles TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna* (1989), traducción de Ana Lizón; *revisión técnica de Ramón Alfonso Díez*, Barcelona, Paidós, 1996, en particular 64 ss. *En clave bioética*, cfr. Hilde Lindemann NELSON (ed.), *Stories and their limits. Narrative approaches to bioethics*, New York-London, Routledge, 1997; Diego

El carácter narrativo de la relación clínica tiene su ejemplo más elocuente en la historia clínica, o el expediente social. Éstos son –legislativamente– el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e informaciones sobre la situación y evolución de un paciente a lo largo de su proceso asistencial. Pero son también, más allá, su biografía sociosanitaria, que integra una pluralidad de sujetos y un haz de relaciones, hechos, valores, juicios, expectativas, normas, etc.<sup>88</sup>.

El carácter narrativo permite comprender la relación clínica en un sentido más pleno. El sentido de cualquier actuación asistencial, su inteligibilidad y su corrección sólo se obtienen en el conjunto del relato de la relación clínica, en conexión con otros episodios anteriores, coetáneos y posteriores, y con el trasfondo de normas, relaciones, expectativas, emociones, valores que la orientan y explican. La relación clínica tiene carácter procesual: una sucesión de momentos o acontecimientos cuyo significado pleno sólo se obtiene mediante una interpretación global, que relacione y otorgue sentido a sus diferentes elementos.

### 3.11. El carácter ejemplar de la relación clínica

§ 29. De algún modo, los atributos de la relación clínica (autonomía, interdependencia, confianza, carácter comunicativo, deliberativo, narrativo y prudencial) conducen a concebir la relación clínica como acción ejemplar. Aboca también a ello la perspectiva metodológica adoptada, el punto de vista interno o del participante, que implica un compromiso cooperativo de los sujetos de la relación clínica en el conocimiento y cumplimiento de su trasfondo

normativo, así como con la verdad de sus afirmaciones y la corrección de sus acciones.

El comportamiento (moralmente) ejemplar del profesional asistencial y del paciente en la relación clínica implica actuar “por respeto a la ley” y no simplemente “según la ley”. La diferencia kantiana entre cumplimiento *moral* y cumplimiento *legal* de las normas no radica en el contenido de los deberes que integran la norma, que pueden ser los mismos, sino en el móvil de la acción<sup>89</sup>. En la legislación u obligación moral el móvil de la acción es el deber de respeto a la norma, y exige una adhesión interior; en cambio, en la legislación u obligación jurídica el móvil de la acción puede ser cualquier otro distinto de la idea de deber, pues sólo importa la adecuación exterior de la conducta a la norma<sup>90</sup>.

Imagínese un profesional asistencial que concibe el consentimiento informado como un formulismo o como la engorrosa obtención de una firma del paciente impuesta por la ley (aunque desconozca de qué norma se trata y cuál es su contenido) y que, una vez conseguido, blinda su actuación frente a eventuales reclamaciones. Jurídicamente resulta improbable que recibiese castigo (aunque se advierta un incumplimiento craso de lo exigido por dicha norma, especialmente en relación con el proceso de información, su actuación parece externamente conforme a ella), pero sí merecería reprobación moral, tras el análisis del móvil de su actuación. El proceso de información y consentimiento está diseñado para propiciar la toma de decisiones autónomas del paciente o usuario sobre su vida y su salud, y es síntoma de reconocimiento y del respeto de su dignidad, autonomía y derechos, así como del buen ejercicio profesional.

---

GRACIA, “Ética narrativa y hermenéutica” (nota 86); Hille HACKER, “Narrative Bioethics”, en *Bioethics in cultural contexts. Reflections on methods and finitude*, Christoph REHMANN-SUTTER, Marcus DÜWELL, Dietmar MIETH (eds.), Dordrecht, Springer, 2006, 353-371.

<sup>88</sup> En cuanto a la consideración de la historia clínica como relato cfr. Pedro LAÍN ENTRALGO, *La historia clínica. Historia y teoría del relato patográfico*, Madrid, Triacastela, 1998. El artículo 3 y el artículo 14.1 LBAP, al igual que las normas autonómicas análogas, definen la historia clínica en el primer sentido indicado, como conjunto de documentos. Acerca del sentido secundario de la historia clínica como conjunto de documentos y del sentido primario o propio de la historia clínica como relato o biografía sanitaria cfr. José Antonio SEOANE, “¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”, *Derecho y Salud* 10/2 (2002), 231-254, 249 ss.

---

<sup>89</sup> “De ahí que la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud no se distinguan tanto por sus diferentes deberes como por la diferencia de legislación, que liga uno u otro móvil con la ley”. (Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (1797), Ak. VI, 220. Empleo la traducción española de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, 25).

<sup>90</sup> “A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama la legalidad (conformidad con la ley), pero a aquella en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la moralidad (eticidad) de la misma”. (Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (nota 90), Ak. VI, 219; en la versión española, 23-24).

No basta, pues, la apariencia de legalidad. Los participantes en la relación clínica, concebida como actividad humana cooperativa que persigue el cuidado de la salud de una persona, están comprometidos con un trasfondo normativo y con unos valores que van más allá. Su actuación es ejemplo del cumplimiento de tal compromiso, y ancla de la confianza. Nuestra actuación es una forma de comunicación, sujeta al cumplimiento de diversas normas. Desde el punto de vista externo o de un observador tal vez no se pueda diferenciar una concepción del consentimiento informado como un momento aislado en la relación clínica, reducido a un formulario firmado por el paciente, de otra que lo concibe como un proceso continuo, comunicativo, deliberativo y prudential entre los sujetos de la relación clínica en pos de una decisión autónoma y buena para el cuidado de la salud del paciente. Sin embargo, el punto de vista interno o del participante sí permite advertir la diferencia. El resignado profesional asistencial del primer escenario profesa un paternalismo benéfico o “paternalismo con formulario”, y acaba incurriendo en una contradicción performativa: infringe sus responsabilidades epistémicas y éticas básicas en el plano comunicativo (e.g. resulta flagrante la ausencia de la veracidad, y también de verdad y corrección), desconoce la autonomía y los derechos del paciente y destruye la confianza. Por el contrario, el profesional del segundo escenario acomoda su actuación y las razones o móvil de la misma al trasfondo normativo contemporáneo —ético, jurídico, comunicativo— y estimula el cuidado de la salud como capacidad, funcionamiento seguro y como derecho<sup>91</sup>. Ésta es la actitud ejemplar en la relación clínica.

§ 30. *La admiración y el ejemplo como elementos de educación moral, profesional y cívica.* Aunque los rasgos anteriores de la relación clínica muestran la estrecha relación entre lenguaje y acción, el carácter ejemplar subraya la dimensión práctica o de actuación frente a la dimensión lingüística, y resulta especialmente idónea para la labor asistencial, desempeñada generalmente por profesionales de perspectivas y generaciones diversas (piénsese, por ejemplo, en el período de formación especializada o residencia hospitalaria de jóvenes profesionales asistenciales)<sup>92</sup>. Los sujetos de la relación clínica viven ante un horizonte de modelos o ejemplos personales que han de percibir y seleccionar, evaluando sus rasgos relevantes. El comportamiento ejemplar de un profesional, es decir, no meramente bueno o correcto sino excelente o virtuoso, interpela moralmente y mueve a la admiración de otros compañeros. He aquí el valor didáctico o pedagógico de la relación clínica como acción ejemplar. La validez ejemplar del modelo radica en que sin perder su carácter singular y concreto propone un modo de conducta universalizable y general, al que se puede aspirar y al que se debe tender. Surge el deseo de comportarse y ser como el sujeto (el profesional) admirado, pero no a causa de una ejemplaridad impuesta sino de una ejemplaridad elegida o autónoma, que trata de imitar libremente. No consiste, en suma, en copiar o reproducir miméticamente las decisiones y las actuaciones del profesional ejemplar admirado, sino en recrear la propia actuación y la propia persona mediante su actualización y ajustamiento al contexto clínico<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Sobre el consentimiento informado cfr. Pablo SIMÓN, *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, Madrid, Triacastela, 2000; también Pablo SIMÓN, “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29/Suplemento 3 (2006), 29-40.

<sup>92</sup> En cuanto a la necesidad de educación y alfabetización sanitaria de los pacientes o usuarios, cfr. Albert J. JOVELL, “El paciente del siglo XXI” (nota 10). Cfr. también la iniciativa de la Universidad de los pacientes ([www.universidadpacientes.org](http://www.universidadpacientes.org), Visita: 15.1.2008).

<sup>93</sup> Cfr. Aurelio ARTETA, *La virtud en la mirada. Ensayo sobre la admiración moral*, Valencia, Pre-Textos, 2002; Javier GOMÁ LANZÓN, *Imitación y experiencia*, Valencia, Pre-Textos, 2003.



# EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA: UN ESTUDIO GLOBAL

*Djamil Tony Kahale Carrillo*  
Doctor en Derecho

**Sumario:** **I.-** INTRODUCCIÓN. **II.-** LA ELECCIÓN DE UN MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA: EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. **III.-** EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA DEPENDENCIA. **3.1.-** Conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección social. **3.2.-** La constitución y la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Visión general. **3.3.-** La configuración de la asistencia social y los servicios sociales en el marco constitucional. **3.3.1.-** La noción de asistencia social. **3.3.2.-** La noción de servicios sociales y bienestar social. **3.4.-** El rechazo de la dependencia como prestación de Seguridad Social. **IV.-** CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. **4.1.-** Los principios inspiradores del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **4.2.-** Niveles de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **4.3.-** Régimen de distribución de competencias en materia de dependencia. **4.3.1.-** Estado. **4.3.2.-** Comunidades Autónomas. **4.3.3.-** Entidades Locales. **4.4.-** El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **4.5.-** Los convenios de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. **4.6.-** Los órganos consultivos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **4.6.1.-** El Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **4.6.2.-** El Consejo Estatal de las Personas Mayores. **4.6.3.-** El Consejo Nacional de la Discapacidad. **4.6.4.-** El Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social. **4.6.5.-** Los Consejos Autonómicos de Personas Mayores y Personas con Discapacidad. **4.7.-** La Red de Servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. **V.-** LA DEPENDENCIA, SU VALORACIÓN Y LOS SUJETOS TITULARES DE DERECHOS A LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA. **5.1.-** Concepto de dependencia. **5.2.-** Valoración de la situación de dependencia. **5.3.-** Los titulares de derechos a la cobertura de la dependencia. **5.4.-** Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia. **VI.-** PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. **6.1.-** Los servicios de atención a la dependencia. **6.2.-** Prestaciones económicas. **VII.-** CONCLUSIONES

## **I.- INTRODUCCIÓN**

La atención a las necesidades de las personas en situación de dependencia constituye hoy, en todos los países desarrollados, uno de los grandes retos de

la política social para las Administraciones Públicas. El reto no es otro que atender a las personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para poder ejercer sus derechos, acceder a los bienes sociales y desarrollar las actividades más esenciales de la vida diaria. Así lo vienen

poniendo de relieve todos los informes, documentos y decisiones de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

La extensión y diversificación de la realidad social de la dependencia, a lo largo de la estructura de edades, la han convertido en una necesidad social susceptible de protección. El cuidado de las personas en situación de dependencia en España ha sido adjudicado tradicionalmente a las familias, pilar básico del denominado «sector informal»<sup>1</sup>, considerando a todos los familiares cuidadores que residen en el hogar del dependiente o que viven fuera del mismo. El resultado de ello es que los cuidadores familiares de distintas categorías constituyen la estructura social básica de los cuidados personales y, entre éstos hay que destacar, a los cónyuges, hijas y nueras como núcleo fundamental de los cuidados informales. Sin embargo, este cuidado, casi en exclusiva, por parte de las familias se está cuestionando por factores sociales (disminución del número de hijos, incorporación de la mujer al mundo laboral, entre otros), por el incremento en el número de personas que precisan cuidados, y en muchos casos por la complejidad de los mismos<sup>2</sup>. No obstante, la dependencia recorre toda la estructura de edades de una población. Todos somos dependientes, pero hay colectivos que necesitan más ayudas que otros. Las malformaciones congénitas; los accidentes laborales, de tráfico y domésticos; las nuevas enfermedades invalidantes como el caso del SIDA; y, el propio concurso de la edad, bajo determinadas circunstancias físicas y personales, son factores que contribuyen a hacer de la dependencia un problema social de primera magnitud<sup>3</sup>. Como se sabe, el problema no es nuevo, de hecho, por ejemplo, el desarrollo de las políticas

protectoras sobre la discapacidad ha sido muy intenso en la mayoría de los países de la Unión Europea<sup>4</sup>.

Sin embargo, el problema del envejecimiento está dando una dimensión nueva al problema, tanto cuantitativa como cualitativamente, al coincidir un intenso proceso de envejecimiento y aumento de la esperanza de vida con cambios en la estructura social de la familia y de la población cuidadora<sup>5</sup>. La conciencia creciente de que existe una clara laguna en la protección de la población mayor dependiente ha llevado a enfatizar, quizás en exceso, en la dependencia de la gente mayor a pesar de las evidentes lagunas protectoras existentes en las personas gravemente afectadas comprendidas entre los 15 y los 64 años de edad<sup>6</sup>.

El envejecimiento de la población en España, según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), avanza a grandes pasos, pronosticándose que en el próximo milenio nuestro país será uno de los más viejos del mundo. De manera que, en el 2020 más del 20 por ciento de la población tendrá 65 años o más. Sin embargo, en los últimos 50 años la esperanza media de vida se ha incrementado en 20 años y continúa en crecimiento hacia una curva rectangular. En el año 1995 se alcanzó la edad de 74,4 años para los hombres y 81,5 años para las mujeres<sup>7</sup>; mientras que, en el año 1998 el número de personas en situación de dependencia mayores de 65 años alcanzó 1,26 millones de personas. Se estima que en el año 2026 la cifra de personas en situación de dependencia estará entre 1,5 y 1,7 millones<sup>8</sup>, de no producirse la hipótesis de comprensión de la morbilidad. La

1 Una visión de la protección del cuidador informal. BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M., "Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 60, 2006, págs. 28 – 32.

2 Vid. CLARAMUNT BIELSA, M., "Cobertura pública en España", en AA.VV. (Ed. MORAGAS MORAGAS, R.), *El reto de la dependencia al envejecer*, Herder, Barcelona, 1999, pág. 125.

3 RODRÍGUEZ CABRERO, G., "El problema de la dependencia: Conceptualización y debates", en AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ CABRERO, G.), *La protección social de la dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 26.

4 Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social»", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Nº 283, 2006, págs. 120 – 121.

5 El envejecimiento demográfico en Europa ha provocado el nacimiento de nuevos riesgos sociales. Vid. BERGHMAN, J., "Los nuevos riesgos sociales", *Foro de Seguridad Social*, Nº 1, 2000.

6 En 1975, España fue el país con la fecundidad más elevada en toda Europa, al tener 2,8 hijos por mujer, a comparación en 1996 tenía la tasa más baja. RIVERA SAGANTA, J., "El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar", *Foro de Seguridad Social*, Nº 5, 2001.

7 AZNAR LÓPEZ, M., "Notas sobre la protección de la dependencia en la seguridad social española", *Foro de Seguridad Social*, Nº 5, 2001, págs. 49 – 69.

8 RIVERA SAGANTA, J., "El seguro de dependencia", *Actuarios*, Nº 19, 2001, pág. 4.

población de la esperanza de vida del cada vez más numeroso grupo de población de más de 65 años se manifiesta en la proporción creciente de población mayor de 80 años. Si la población mayor de 60 años en el año 1991 totalizaba 7,5 millones de personas, en 2010 se habrá incrementado a 9,6 millones, para alcanzar los 10,9 millones en el 2020, llegando a superar, incluso, los 14 millones en el 2040<sup>9</sup>. No obstante, dentro de este grupo, el colectivo de mayores de 80 años se duplicará entre los años 1991 y 2010, pasando de suponer 1,1 millones a 2,2 millones de personas. En el año 2020 superará los 2,4 millones de personas, para alcanzar los 3,1 millones de efectivos en el horizonte del 2040<sup>10</sup>.

El incremento cuantitativo de las situaciones de dependencia coincide en el tiempo con cambios importantes en el modelo de familia y con la incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo, fenómenos ambos que hacen que este modelo sea insostenible a medio plazo. La protección habida a las personas en situación de dependencia era claramente insuficiente. No existía un servicio público de atención a los dependientes que cubra de forma completa las necesidades de este importantísimo sector de la población. La realidad actual demostraba, en efecto que, a pesar de las distintas políticas emprendidas tanto a nivel estatal, como especialmente autonómico, esta asistencia descansa sobre el sector privado, en particular, sobre las familias.

Esta situación no puede tener cabida en el modelo de Estado social de derecho que proclama la Constitución Española. La dependencia ha dejado de verse como un problema exclusivamente individual o familiar, para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, que exige

nuevas políticas públicas y una determinación de los objetivos y funciones del Estado más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos, lo que, sin duda, implica nuevos compromisos de protección y financiación.

El estudio que con estas líneas se inicia tiene por objeto, precisamente, analizar el instrumento que atiende a las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. A tales efectos, el legislador sienta los cimientos para la configuración del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que pertenece al cuarto pilar del Estado de Bienestar, a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a personas en situación de dependencia.

## **II.- LA ELECCIÓN DE UN MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA: EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

Ante la situación descrita en el apartado anterior, sorprende que España, en las últimas décadas, no se haya percatado en una gestión previsora acerca de los problemas del envejecimiento y, derivados de ellos, de la mayor incidencia en la dependencia. Ante esta inhibición de las Administraciones Públicas, se inició una alternativa de gestión privada, complementada con intervenciones públicas mediante la protección fiscal o de las prestaciones mínimas o básicas a través del cheque-servicio, sin que dichas iniciativas hayan podido solucionar la problemática que subyace en la dependencia.

No obstante, la protección a las personas mayores tuvo un inicio de desarrollo normativo en la década de los setenta, a través del Servicio Social de Asistencia a Pensionista. El cual se establece con la denominación de Servicio Social de la Seguridad Social de Asistencia a los Ancianos, por Orden del Ministerio de Trabajo de 19 de marzo de 1970<sup>11</sup>, que

9 Cfr. A título de ejemplo, los datos estadísticos en PANIZO ROBLES, J., "La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, N° 286, 2007, págs. 49 – 106. RIVERA SAGANTA, J., "El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado del Bienestar", *Foro de Seguridad Social*, N° 5, 2001, págs. 35 y ss.

10 Un análisis de las políticas de dependencia existentes en España anteriores a la LPAP. Vid. MERCADER UGUINA, J. y MUÑOZ RUIZ, A., "La protección social de la dependencia", en AA.VV., *Comentarios sistemáticos a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004. BLASCO LAHOZ, F., "La protección de la dependencia: un seguro social en construcción", *Aranzadi Social*, N° 11, 2003.

11 BOE n° 70, de 23 de marzo de 1.970.

lo organiza para ser prestado por un servicio común de la Seguridad Social. En dicha Orden se fomenta la creación y mantenimiento de centros gerontológico; la organización de asistencia o ayuda domiciliaria; actividades complementarias; la impulsión de unidades gerontológicas por entidades públicas o privadas; y, la elaboración de los proyectos de programas periódicos a desarrollar en el servicio.

Posteriormente, por Orden del Ministerio del Trabajo de 26 de febrero de 1971<sup>12</sup>, se aprueba el Plan Nacional de la Seguridad Social de Asistencia a los Ancianos que debía desarrollarse a través de una acción directa y una acción concertada. Acciones que se complementaban, y promovían la creación de hogares de pensionistas, residencias, centros geriátricos, vacaciones en residencias y balnearios, y ayuda a domicilio. En el año 1974, pasó a denominarse Servicio de Asistencia a Pensionistas de la Seguridad Social, por Orden del Ministerio del Trabajo de 05 de abril<sup>13</sup>. Más tarde, el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social efectuaría una regulación de los servicios sociales.

Sin embargo, la discusión política en relación a la necesidad de articular una tutela social pública de las situaciones personales de dependencia se ha dejado sentir en nuestro país. Por ejemplo, la protección de este nuevo riesgo social<sup>14</sup> no fue abordada en el Pacto de Toledo<sup>15</sup>; ni mucho menos, en el Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos UGT y CCOO, de 9 de octubre de 1996, para la implementación del prenombrado Pacto; y, por ende, en las normas posteriores de aplicación de los mencionados instrumentos, como la Ley 24/1997, de 15 de julio, de

consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social<sup>16</sup>.

El primer paso dado por el Estado, para ofrecer cobertura a la dependencia, nace mediante el esquema del aseguramiento privado<sup>17</sup>, lo que se conoce como «seguro de dependencia». Por ello, la Disposición Adicional 14ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, señaló que el Gobierno había de presentar a las Cortes Generales un informe con una propuesta de regulación de dicho seguro, proponiendo un marco fiscal que incentive su uso y señalando las modificaciones normativas que fueran necesarias para que pudiera ser una prestación realizada mediante los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y el resto de entidades aseguradoras. Lamentablemente este primer paso obtuvo las primeras críticas, ya que el riesgo de la dependencia, por su generalización y por la escasa capacidad económica de la mayor parte de quienes lo padecen, es más propio del aseguramiento público que del privado<sup>18</sup>.

No obstante, el Gobierno rectificó dicho error y delegó al diálogo social la concreción del derecho a la atención social en situaciones de dependencia y la regulación de las características que debía reunir ésta; y nace el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, de 9 de abril de 2001, suscrito por el Gobierno, las organizaciones empresariales más representativas y uno de los sindicatos nacionales más representativos, donde el Apartado VIII de dicho texto, dedica el tema a la dependencia<sup>19</sup>. Sin embargo, el compromiso de definición y regulación de la protección social de la de-

---

12 BOE nº 53, de 03 de marzo de 1971.

13 BOE nº 102, de 29 de abril de 1974.

14 Para una visión de la situación de dependencia vista como riesgo social. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 113 y ss.

15 En este sentido. Vid. MONTOYA MELGAR, A., "El desarrollo normativo del Pacto de Toledo", *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, págs. 1267 – 1274. CARDENAL CARRO, M., "El nuevo «Pacto de Toledo»", *Aranzadi Social*, 13, 2003. BLASCO LAHOZ, J., *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

---

16 BOE nº 169, de 16 de julio de 1997.

Vid. MONTOYA MELGAR, A., "El desarrollo normativo del Pacto de Toledo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 4, 1997, págs. 35 – 42.

17 Vid. FERRERAS ALONSO, F., "La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)", *Tribuna Social*, Nº 137, 2002, págs. 14 – 27.

18 SEMPERE NAVARRO, A., "Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, «de dependencia»", *Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

19 Un análisis de este Acuerdo. Vid. PANIZO ROBLES, J., "Comentarios de urgencia al Acuerdo sobre la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Nº 219, 2001.

pendencia fue reiterado en la nueva versión del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 2003, en el que se proponía la configuración de un sistema integrado que abordara globalmente el fenómeno de la dependencia, teniendo en cuenta la distribución competencial, con participación de la sociedad y de la Administración Pública en todos sus niveles, definiendo el papel que debía desempeñar el sistema de protección, todo ello a través de la elaboración de una política integral de atención a la dependencia en la que quede claramente definido el papel que ha de jugar el sistema de protección social en su conjunto. Asimismo, la urgente regulación de la dependencia en la que se recoja la definición de la misma, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección, teniendo en cuenta la distribución de competencias entre las distintas Administraciones Públicas, garantizando los recursos necesarios para su financiación y la igualdad de acceso<sup>20</sup>.

Después de este largo proceso de gestación, en el año 2004 nace el Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia en España, que reúne la información procedente de diversas investigaciones, así como la relativa al trabajo desarrollado por distintas entidades, organismos y organizaciones tanto de ámbito nacional como internacional<sup>21</sup>. Asimismo, se suscribe entre el Gobierno y los agentes sociales (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME), el 8 de julio de 2004, el Acuerdo sobre competitividad, empleo estable y cohesión social, en el que las partes se comprometen a abordar un proceso de diálogo social en el ámbito de la protección social, con el objetivo de su adaptación a las nuevas realidades, que configuran nuevas necesidades, priorizando la atención a las situaciones de dependencia. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2005, las pre-

nombradas partes suscriben, el Acuerdo sobre la Acción Protectora de la Atención a las Situaciones de Dependencia, que se ha cristalizado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LPAP). La cual recoge y desarrolla los principios básicos recogidos en el prenombrado Acuerdo, al configurar una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social, articulada mediante una serie de principios, entre los que se destacan la universalidad de la cobertura, el acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad<sup>22</sup>, la equidad en la distribución territorial, la interrelación de los servicios sanitarios y de servicios sociales, y la colaboración entre las diferentes Administraciones mediante la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

No obstante, anterior a la prenombrada Ley, como es lógico, se elaboró su proyecto<sup>23</sup>, del cual se emitieron dos Dictámenes, uno, por parte del CES y, el otro, por el Consejo de Estado. El primero, el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, valoró positivamente el Anteproyecto de Ley de de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, entendiendo que constituye un gran avance en el proceso de modernización del sistema español de protección social, contribuyendo a su adaptación a las nuevas realidades sociales. Sin embargo, formuló un gran número de observaciones en la mayoría de sus articulados, en general, relacionadas con la propia estructura del sistema instaurado, en un continuo y difícil juego de interconexiones en el ámbito de competencias entre el Estado y los Entes públicos territoriales (CCAA). Aunado a la necesidad de que el contenido mínimo de las prestaciones y servicios del Sistema, garantizado por la Administración General del Estado, que debe precisarse en la Ley, responda a los criterios de suficiencia y adecuación a las necesidades de las

20 Un estudio de la nueva reformulación del Pacto de Toledo. Vid. MONEREO PÉREZ, J., "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", *Relaciones Laborales*, Nº 14, 2001.

21 Vid. AGUILAR MANJÓN, A., "Comparecencia en relación con el Libro Blanco sobre atención a las personas dependientes en España", *Trabajo Social Hoy*, Nº 2, 2005, págs. 67 – 84. FERNÁNDEZ MUÑOZ, J., "El Libro Blanco sobre atención a la dependencia en España: Cuestiones básicas", *Trabajo Social Hoy*, Nº 2, 2005, págs. 115 – 124.

22 En relación al principio de igualdad. Cfr. RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la aplicación de la Ley", en AA.VV. (Dir. GARCÍA SAN MIGUEL, L.), *El principio de igualdad*, Dykinson-Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2000. el mismo estudio en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 1, 1997.

23 Vid. SEMPERE NAVARRO, A., "La protección de la dependencia", *El Graduado*, Nº 51, 2006, págs. 38 – 39.

personas en situación de dependencia, que garantice el principio de equidad interterritorial.

El segundo, el Dictamen del Consejo de Estado, de 23 de marzo de 2006, también valoró de manera positiva la finalidad perseguida por el Anteproyecto, orientado a que grupos especialmente vulnerables encuentren un apoyo básico para el ejercicio de sus derechos e, incluso, para la realización de las actividades de su vida diaria. En relación al fundamento del tema competencial, considera adecuado el fundamento del artículo 149.1.1 de la CE por establecer un marco de igualdad, que favorece la mayor adaptación de las normas aplicables en cada Comunidad Autónoma a las necesidades que se manifiestan en cada una de estas. Asimismo, destaca los efectos positivos de que se potencien los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, estratagema de especial interés, cuando se trata de funciones a las que todos los Poderes Públicos han de contribuir. Se subraya la necesidad de una armonía interna entre los diferentes artículos de la norma cuanto de su coherencia con el título competencial en que se ampara la iniciativa legislativa objeto del dictamen, encarrilada a la consecución y consolidación de unas condiciones básicas que garanticen cierto nivel en las posiciones jurídicas de todos los ciudadanos.

Con el respaldo de estos dos informes<sup>24</sup>, y tras recopilar las escasas observaciones que los mismos reflejaron el texto sometido a su consideración, el Proyecto Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, fue aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 21 de diciembre de 2006 y remitidos a las Cortes para su tramitación parlamentaria. El 5 de octubre de 2006, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Texto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, con el respaldo de todos los grupos parlamentarios, excepto CiU, Nafarroa Bai, EA y PNV, que rechazaron el Anteproyecto por

considerar que invadía competencias exclusivas de sus respectivas autonomías, cuestión que se analizará en este estudio, y la abstención del Grupo Parlamentario Popular en la votación de diversos preceptos en los que habían sido eliminados los términos «nación» y «nacional». Un cambio relevante, tras su paso por el Congreso de los Diputados, fue el cambio de la denominación «Sistema Nacional de Dependencia» por «Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia». Finalmente, la Ley fue aprobada por las Cortes Generales y sancionada con fecha de 14 de diciembre de 2005, apareciendo publicada en el BOE nº 299 del día siguiente.

En suma, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, supone un nuevo paso en la renovación y modernización del sistema de protección social español y en la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable, el de las personas en situación de dependencia, donde las prestaciones y servicios que el mencionado texto legal diseña existe un apoyo para su autonomía, la realización de actividades en su vida diaria y el ejercicio efectivo de sus derechos. No cabe duda, los efectos positivos que genera esta normativa, orientada en gran medida a potenciar los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, especialmente necesaria en materia de protección social en el que concurren competencias y funciones de diversos Poderes Públicos que han de contribuir a un objetivo de bienestar común y propio del Estado social del que forman parte. A tal efecto, el legislador crea el cuarto pilar del Estado de Bienestar a través del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con el propósito de garantizar las condiciones básicas de esa promoción, de prever los niveles de protección, y de asegurar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas, desplegando un modelo de atención integral que se origina en niveles<sup>25</sup>. Los tres pilares

---

<sup>24</sup> En la tramitación de la norma previa a su remisión al Parlamento, el Gobierno recabó igualmente las observaciones de otros órganos y entidades, como el Consejo Estatal de Personas Mayores, la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales y el Consejo Nacional de Discapacidad.

---

<sup>25</sup> La familia en España se considera como un elemento clave en el sistema de bienestar y solidaridad, que suple las carencias en campos básicos como la vivienda, la educación, la salud, la vejez o el desempleo. ALMENDROS GONZÁLEZ, M., *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 60 – 70.

anteriores son el Sistema Nacional de Salud, el Sistema de pensiones y el Sistema Educativo.

No obstante, el éxito de esta Ley dependerá de que se articule adecuadamente la colaboración y coordinación entre Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA), mediante el Consejo Territorial del SAAD, evitando desajustes, conflictos o disfunciones, para que la puesta en práctica del sistema sea coherente y respetuosa con las competencias y responsabilidades de uno y otros, en la persecución de unos objetivos, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tarea solidaria, común y compartida<sup>26</sup>.

## **II.- EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA DEPENDENCIA**

### **3.1.- Conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección social**

Partiendo del término de «dependencia» que es definido por la LPAP, en el artículo 2.2, como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal», término que será analizado más adelante, es conveniente hacer referencia, de manera sucinta, al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas sobre esta materia.

Antes de encuadrar a las personas sujetas a situación de dependencia entre los principios señalados en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica» de la Constitución Española, y sin prejuzgar todavía su encaje constitucional, sería deseable y pacífica su reconducción a

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La cobertura de la situación de dependencia”, *Relaciones Laborales*, Nº 5, 2007, págs. 12 – 13.

los dispuesto en el artículo 41 de la Carta Magna. En el sentido que, se garantice «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Sin olvidar, no obstante, que en el artículo 43 de dicho texto legal se reconoce el derecho a la protección de la salud mediante medidas preventivas y de prestaciones y servicios proveídos por los Poderes Públicos, a través de servicios sociales de las personas con discapacidad y de los ciudadanos durante la tercera edad<sup>27</sup>.

La disyuntiva que se presenta, a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, por la creación del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia es su encaje constitucional. La Constitución Española ofrece dos títulos para dar cobertura al derecho a una atención integral e integrada de las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios previstos en dicha Ley, que encuentran su cobijo en los artículos 149.1.17 y 148.1.20. De modo que, al contrastar estos dos preceptos, cabrían dos opciones. Por una parte, el Estado jugaría un papel principal en el desarrollo de esta nueva modalidad protectora a partir de la asunción por aquél de la legislación básica y el régimen económico. Por la otra, al contrario, tendrían las Comunidades Autónomas el protagonismo sobre la materia en cuestión.

### **3.2.- La constitución y la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Visión general**

En los distintos modelos de organizaciones territoriales de Estados, presentes en el mundo, se pueden identificar el Estado Unitario<sup>28</sup> y el Estado Federal<sup>29</sup>. En el primero, el sistema de fuentes, com-

<sup>27</sup> Arts. 49 y 50 de la CE. Vid. APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1553 – 1565.

<sup>28</sup> FERRANDO BADÍA, J., “El Estado Unitario”, *REP*, Nº 195-196, 1974, págs. 9 – 48.

<sup>29</sup> PORTILLO VALDÉS, J., “Los límites de la Constitución: autonomía, federalismo y confederalismo”, *LP*, Nº 50, 2006, págs. 8 – 17.

petencias y poderes responde a impulsos políticos uniformadores. El segundo, se parte del reconocimiento de la diversificación y diferenciación. Sin embargo, la Constitución Española no responde a ninguno de los dos modelos descritos, sólo establece una organización territorial que se compone a nivel central y autonómico<sup>30</sup>. El central, ostenta unas competencias exclusivas<sup>31</sup>, mientras que el poder autonómico, puede ver atribuidas competencias no expresamente asignadas en exclusiva al Estado.

El artículo 149.1 de la Carta Magna establece que el Estado tiene competencias exclusivas en un buen número, señalados a lo largo de treinta y dos apartados. Mientras que, el artículo 147.2 de la CE dictamina como las Comunidades Autónomas mediante sus normas institucionales pueden asumir competencias dentro del marco constitucional<sup>32</sup>. Dicho precepto señala que, los Estatutos de Autonomía ostentan legitimidad para administrar veintidós cuestiones contempladas en el artículo 148.2 de la CE, así como las no expresamente atribuidas al Estado, como lo establece el artículo 149.3. Sin embargo, nace una atribución excepcional a las Comunidades Autónomas respecto de las competencias con titularidad estatal, bien, por Ley marco de atribución, o por Ley Orgánica de transferencia o delegación, conforme a lo previsto en el artículo 150 de la CE.

La existencia de Entes públicos territoriales (CCAA)<sup>33</sup> que se encuentren dotados constitucionalmente de autonomía política y de componentes para la promulgación de normas jurídicas sobre diversos ámbitos de la realidad social, abren las puertas a un marco institucional complejo y plural, en el que la variedad de regímenes jurídicos territoriales

sobre un mismo ámbito se transforman en un elemento característico del sistema en su conjunto<sup>34</sup>. Sin embargo, cuando se promulgó la Constitución Española en 1978 y, por ende, se crearon las Comunidades Autónomas, a las que se les otorgaron capacidad normativa y autogobierno propio, se planteó la necesidad de determinar qué parcelas de competencias se debían adjudicar al Estado, y cuáles a las Comunidades Autónomas<sup>35</sup>. A raíz de ello, se produjo la fragmentación del Estado en subsistemas territoriales, con diferente alcance normativo y organizativo. No obstante, se han dado voces, al referirse que se trató de una distribución o redistribución de competencias y no de una descentralización o desconcentración, ya que tampoco se creó un nuevo sistema desde el vacío institucional, por proceder de un Estado centralizado<sup>36</sup>.

Han sido siete las Comunidades Autónomas (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias y Navarra) que han asumido todas las competencias posibles como: el desarrollo de la legislación básica del Estado y la creación de la legislación no básica; la ejecución de la legislación básica del Estado; la gestión del régimen económico de la Seguridad Social; la organización y administración de los servicios relacionados con la Seguridad Social; y, el ejercicio de la tutela de sus instituciones, entidades y fundaciones. Las restantes Comunidades Autónomas han asumido determinadas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica del Estado o la ejecución de la legislación del Estado. De este modo, se acota la

30 En relación a las características generales de la organización territorial del Estado: unidad, autonomía y solidaridad. Vid. ALONSO DE ANTONIO, J., *El Estado y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, págs. 271 y ss.

31 Una noción de la definición de competencias exclusivas. Vid. BLASCO ESTEVE, A., "Sobre el concepto de competencias exclusivas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 29, 1981, págs. 307 – 318.

32 RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente de Derecho", en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.

33 Vid. Arts. 143 a 158 de la CE.

34 Por la naturaleza misma de la Carta Magna, y debido al contexto en que se elaboró y promulgó, el Título VIII dedicado a la "Organización Territorial del Estado", contiene las bases constitucionales de los grandes pilares que sustentan esa nueva organización del Estado (Estado Central, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) pero no agota el diseño; de manera que, en los arts. 148 a 150 de dicho texto legal se prefiguraba un marco de delimitación competencial de partida, genérico, no exhaustivo, abierto y basado en criterios materiales y funcionales. Vid. ALONSO DE ANTONIO, J., *El Estado Autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Congreso de Diputados, Vol. I, Madrid, 1986, págs. 711 – 726.

35 GUTIERREZ LLAMAS, A., *Los procedimientos para la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1991.

36 Cfr. RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., "Modelos de descentralización autonómica en el constitucionalismo español: un análisis comparado", en AA.VV., *El funcionamiento del Estado autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999, págs. 39 – 49.

competencia de cada Ente público territorial con el objeto de reflejar la diversidad autonómica española, adaptándose, así, al modelo de Estado descentralizado en lo territorial<sup>37</sup>.

En suma, el esquema de distribución de competencias entre Estado y los Entes públicos territoriales que establece la Constitución Española descansa, propiamente sobre los pilares de una cuádruple noción:

- a) Atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre un conjunto de materias taxativamente especificadas, que se agrupan en sus treinta y dos apartados del artículo 149.1 de la CE. Indicar que, gran parte de las competencias señaladas son compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre la base de diferenciar el doble plano de actuación en relación de la materia objeto de la competencia<sup>38</sup>.
- b) Las Comunidades Autónomas podrán asumir según sus respectivos Estatutos de Autonomía, como legislación institucional básica de cada Comunidad, que deberá comprender las competencias asumidas dentro de los parámetros señalados en la CE, las competencias no atribuidas de manera expresa al Estado<sup>39</sup>. Mismas que son fundamentadas en el artículo 148.1 de la CE que enumera un total de veintidós grupos de materias que pueden asumir aquéllas en el plazo de cinco años – proceso de autonomía–, término con posibilidad de ampliación según lo señalado en el artículo 148.2 de la CE.

---

37 RUIPÉREZ ALAMILLO, J., "Principio democrático y federalismo: el poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado", *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Caruña*, Nº 3, 1999, págs. 517 – 558.

38 Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1982-1984, págs. 357 y ss. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001. AJA FERNÁNDEZ, E., "Las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Montecorvo, Madrid, 2003, págs. 501 – 532.

39 Arts. 147.2 y 149.3 de la CE.

- c) El Estado se le atribuye la competencia residual, en relación a las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía. En caso de conflicto, las normas del Estado prevalecerán sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de aquéllas, siendo el derecho estatal supletorio sobre el Estatuto de Autonomía de las Comunidades.
- d) Las Comunidades Autónomas se les atribuye de manera excepcional ciertas competencias de inicial titularidad estatal, conforme al par de supuestos señalados en el artículo 150 de la CE: 1) atribución de facultad de dictar normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal<sup>40</sup>; 2) posibilidad de delegar o transferir en las CCAA, a través de ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptible de delegación o transferencia<sup>41</sup>.

La distribución territorial de competencias en materia de asistencia social se acomoda, dentro del esquema general antes expuesto, a lo previsto en el artículo 148.1.20 de la CE, al establecer que las Comunidades Autónomas pueden tener competencia exclusiva en materia de asistencia social. Sin embargo, la realidad es otra, como lo demuestran los diferentes conflictos de competencia que las Comunidades Autónomas han planteado ante el Tribunal Constitucional contra normas de asistencia social del Estado, al entender que, éste invadía competencias que les correspondía exclusivamente a ellas. Originando, como no podía ser de otro modo, sucesivas decisiones. Existiendo diversas sentencias, que contienen referencias a intervenciones del Estado en materia de asistencia social<sup>42</sup>.

---

40 Art. 150.1 de la CE.

41 Art. 150.2 de la CE.

42 SSTC 146/1986, de 25 de noviembre; 13/1992, de 6 de febrero; 16/1996, de 1 de febrero; y, 68/1996, de 18 de abril. Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

En esta materia, al igual que en otros sectores sobre los que ostentan las Comunidades Autónomas competencias exclusivas, el Estado no ha dictado normas específicas de regulación de la materia, salvo escasas excepciones. La acción del Estado se ha ejercido por una vía indirecta, mediante consignaciones en los Presupuestos Generales del Estado de partidas de gastos referidas a aquellas, cuya gestión intentaba ejercer el Estado<sup>43</sup>, primero, directamente, luego territorializando dicho gasto tomando como base módulos objetivos, o mediante convenios con las Comunidades Autónomas. Asimismo, el Estado ha elaborado en materia de asistencia social diversos Planes<sup>44</sup>, que no han llegado a ser publicados como normas estatales, aunque se han habilitados créditos en los Presupuestos del Estado para su ejecución.

Este hecho ha originado que las Comunidades Autónomas hayan planteado conflictos de competencia, no directamente sobre normas estatales de asistencia social u otras materias de su titularidad exclusiva, sino sobre el poder de gasto del Estado en materia que competencialmente le son ajenas. La abundancia de estos conflictos han sido la causa de una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no se refieren a la legitimidad de gasto del Estado, cuya constitucionalidad siempre se ha reafirmado, sino a su relación con las competencias exclusivas de los Entes públicos territoriales, y, en concreto, a la posibilidad de que puedan limitar, o incluso vaciar, ámbitos competenciales propios de las Comunidades Autónomas<sup>45</sup>.

### 3.3.- La configuración de la asistencia social y los servicios sociales en el marco constitucional

El término de asistencia social a que hace referencia la Carta Magna, se ha desarrollado en diversos

---

43 PANIZO ROBLES, J., "Novedades de Seguridad Social al inicio de 2007: (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social incorporadas a la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, N° 287, 2007, págs. 3 – 102.

44 Como el Plan Gerontológico y el Plan de Acción para las Personas con Discapacidad.

45 Vid. ALONSO SECO, J. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, 2ª ed., Madrid, 2000, págs. 139 – 140.

vocablos en los diferentes Estatutos de Autonomía. La gran mayoría de las Comunidades Autónomas no han utilizado una terminología estandarizada de la asistencia social, de carácter general. No obstante, además de recoger dicho término, utilizan también otra terminología análoga, tales como servicios sociales y bienestar Social. Como ya se ha adelantado, todos los Entes públicos territoriales han asumido competencias exclusivas en esta materia.

Al analizar los diversos artículos contenidos en los Estatutos autonómicos sobre la asistencia social, se deduce que hay una confusión terminológica en relación a la asistencia social, servicios sociales y bienestar social. Existiendo Comunidades y Ciudades Autónomas que sólo hacen referencia a la asistencia social (Ceuta, Galicia, Melilla, Navarra y el País Vasco), y a los servicios sociales (Cataluña y la Comunidad Valenciana). Mientras que, en otras Comunidades entrecruzan la asistencia social y los servicios sociales (Andalucía, Canarias, Castilla La Mancha, Castilla y León, Illes Balears y La Rioja), o entrelazan la asistencia social y el bienestar social (Aragón, Asturias, Cantabria, Extremadura y Murcia). Sin embargo, la Comunidad de Madrid no señala de manera tajante la terminología antes expuesta, ya que sólo anuncia la promoción y ayuda a grupos sociales.

Esta confusión se debe a que el texto constitucional no define ninguno de los términos a que hacen referencia los Estatutos autonómicos, por lo que se tiene que acudir a definiciones ya elaboradas por otras instituciones de práctica nacional e internacional. No obstante, parte de la doctrina administrativa, apoya la equivalencia de los conceptos asistencia social, bienestar social y servicios sociales, proponiendo la sustitución de los mismos por la más genérica de acción social<sup>46</sup>.

#### 3.3.1.- La noción de asistencia social

El Tribunal Constitucional afirma que, «la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a

---

46 DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Temas del Senado, Madrid, 2003, pág. 148.

conceptos elaborados»<sup>47</sup>. Por ello, el Constituyente se basa en la legislación vigente para deducir «la existencia de una Asistencia Social externa al sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución Española y, por tanto, competencia posibles de las Comunidades Autónomas». Se constata que la asistencia social aparece como un «mecanismo por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social» y «con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección», se caracteriza por su financiación al margen de toda obligación de contribuir por parte de los destinatarios o beneficiarios de aquélla<sup>48</sup>.

Por otra parte, el Constituyente considera que la Carta Magna –al referirse a la asistencia social–, maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e incluso la internacional, motivo que para su interpretación se debe acudir a los criterios materiales que puedan deducirse de la legislación vigente<sup>49</sup>. El Tribunal Constitucional afirma que, la asistencia social es una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, entre los que se encuentra el de su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de organismos públicos<sup>50</sup>. No obstante, del análisis del texto constitucional de los diferentes Estatutos de Autonomía y del conjunto de Decretos de Traspasos, se deduce que la noción de asistencia social que se contempla a efectos del reparto de competencias, abarca la dispensada por entidades privadas, supuestos en el que los Poderes Públicos desempeñan sólo funciones de fomento o control.

47 STC 76/1986, de 9 de junio

48 Para un estudio de la distribución de competencias en materia de Seguridad Social. Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, C., “El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y Seguridad Social”, *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Caja Duero, Salamanca, 2004, págs. 145 – 162.

49 STC 146/1986, de 25 de noviembre.

50 Afirmación según lo pautado en la Carta Social Europea. Vid. Resolución de 9 de junio de 1980, de la Secretaría General Técnica, por la que se hace público el Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. (BOE de 26 de junio de 1980 y corrección de errores de 11 de agosto).

No obstante, el Constituyente recoge nuevamente la doctrina expuesta, volviendo a configurar a la asistencia social como el conjunto de acción y técnicas de protección que quedan fuera del Sistema de la Seguridad Social<sup>51</sup>. En los mismos términos, se expresa, al señalar que, la asistencia social abarca una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad social con caracteres propios que la separan de otras afines o próximas a ellas, dispensada por entes públicos, organismos públicos o por organismos dependientes de éstos, y por entidades privadas<sup>52</sup>, caso en el que los Poderes Públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control<sup>53</sup>.

De la lectura de la doctrina constitucional antes expuesta, se pueden obtener las directrices que componen el concepto de asistencia social<sup>54</sup>: a) No se delimita el contenido de la asistencia social; b) Corresponde una actuación externa a la Seguridad social, orientada a colectivos no integrados en dicho sistema; y, c) Su sostenimiento. En otras palabras, la asistencia social es una «técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ellas»<sup>55</sup>; es decir, técnica de protección dispensada por entes públicos distinta a la beneficencia pública, en la que históricamente halla sus bases, estableciendo la posibilidad de una asistencia social otorgada por entidades privadas<sup>56</sup>.

En definitiva, la asistencia social es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, no obstante, el Estado en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un plan-

51 STC 13/1992, de 6 de febrero. Esta sentencia elabora la doctrina sobre los límites del poder de gasto del Estado articulado en los Presupuestos Generales del Estado, por el que se otorgan subvenciones en materias que son competencias exclusiva de las CCAA.

52 La distinción-conexión entre asistencia social y Seguridad Social. Vid. DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, op. cit., págs. 149 – 159.

53 Sentencia 171/1998, de 23 de julio.

54 Un sector de la doctrina señala la presencia implícita de la Asistencia Social en los arts. 39, 41, 48, 49 y 50 de la CE. DE LA VILLA GIL, L., “El contenido constitucional de la Asistencia Social”, en AA.VV. (Coord. MONTOYA MELGAR, A.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003.

55 STC 146/1986, de 25 de noviembre.

56 En relación a las diferencias entre asistencia social y beneficencia. Vid. MORENO REBATO, M., *Régimen jurídico de la asistencia social*, MTAS, Madrid, 2002, págs. 48 – 52.

teamiento global, puede intervenir al respecto, incluso, mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, las Comunidades Autónomas, bajo cobijo del artículo 148.1.20 de la CE, han aprobado leyes de servicios sociales, pero no han regulado, en la gran mayoría, de manera específica la situación de las personas en situación de dependencia. En cierta medida, ello responde a que tales normativas datan de los años ochenta, lapso en el que todavía no se había tomado conciencia del riesgo social que supone la dependencia<sup>57</sup>. De ahí, que un rasgo común a las iniciativas sobre dependencia es su relativa cercanía temporal, ya que sólo a partir de finales del siglo XX comienza articularse tal situación.

### 3.3.2.- La noción de servicios sociales y bienestar social

Como resultado del Estado Social y del Estado de Bienestar<sup>58</sup>, y de la concreción de una serie de derechos económicos y sociales recogidos en gran parte por las Constituciones de los países europeos, nacen los conceptos de servicios sociales y bienestar social<sup>59</sup>. No obstante, en España el término de servicios sociales contiene dos connotaciones<sup>60</sup>. Por una parte, se le designa al conjunto de actividades relacionadas con la sanidad, la educación, la Seguridad Social, la promoción de empleo, la vivienda, los servicios sociales, entre otros. Utilizándose en ciertas ocasiones como sinónimo en todas las actividades que se lleven a cabo la política social. Por la otra, se le atribuye al conjunto de prestaciones técnicas que tengan alguna o varias de las siguientes funciones: atender necesidades específicas de determinados colectivos, detectar y prevenir las situaciones de

marginación social, elevar la calidad de vida y promover el bienestar individual y colectivo, facilitar la adaptación recíproca de la persona o del medio social<sup>61</sup>.

Sin embargo, no existe en el derecho positivo un concepto unívoco de servicios sociales<sup>62</sup>. Por lo que respecta al texto constitucional, el término de servicios sociales se recoge en su artículo 50, situado en el capítulo exclusivo de los principios rectores de la política social y económica<sup>63</sup>, haciendo mención expresa al colectivo de la tercera edad. De igual manera, se establece que los Poderes Públicos, además de garantizar mediante pensiones adecuadas y actualizadas de forma periódica la suficiencia económica a dicho colectivo, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de vivienda, ocio, cultura y salud<sup>64</sup>.

De la simple lectura del aludido precepto, se desprende la estrecha relación entre los conceptos de bienestar social y servicios sociales, de manera que, la finalidad de los servicios sociales constituye la promoción del bienestar de las personas de tercera edad<sup>65</sup>. No obstante, este precepto es criticable, ya que señala la escasa consideración de quiénes son beneficiarios de dichos servicios, el referirse exclusivamente al colectivo de la tercera edad, sin favorecer al resto de colectivos que también son merecedores de estas prestaciones como son las mujeres, ni-

57 SUÁREZ CORUJO, B., "Dependencia y Estado autonómico: El encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Relaciones Laborales*, Nº 14, 2006, págs. 58 – 64.

58 Una visión histórica del Estado de bienestar en España. Vid. RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Orígenes y evolución del Estado de bienestar español en su perspectiva histórica. Una visión general", *Política y Sociedad*, 2, 1989, págs. 79 – 87.

59 SEMPERE NAVARRO, V. y CANO GALÁN, Y., "Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 57, 2005, págs. 121 – 135.

60 Cfr. SALINAS RAMOS citado por GARCÉS FERRER, J., *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 54 – 55.

61 Otras definiciones de los términos servicio y asistencia social. Cfr. CASADO CARRASCO, L. y ZARBATE MARTÍNEZ DE AGUIRRE, L., "Reflexiones en torno al diseño de una política de bienestar social", *Los servicios asistenciales y sociales en el Estado de las Autonomías*, Marsiega, Madrid, 1983, pág. 64.

62 Un estudio de la evolución e implantación de los servicios sociales en España, su concepto y definición. Vid. ROLDÁN GARCÍA, E. y GARCÍA GIRÁLDEZ, T., *Políticas de Servicios Sociales*, Editorial Síntesis, 2006. DE VICENTE PACHÉS, F., "Asistencia social y servicios sociales: Régimen de distribución de competencias", *Tribuna Social*, Nº 139, 2002, págs. 9 – 29.

63 PRADAS FERNÁNDEZ, J., "Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Nº 122, 2003, págs. 269 – 316.

64 En relación a las pensiones privadas Vid. DE LA VILLA GIL, L., "Garantías de las pensiones privadas", en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, Ediciones CEF, Madrid, 2006, págs. 1611 – 1642.

65 AZNAR LÓPEZ, M., "Disyuntivas en la protección social de la dependencia", en AA.VV. (Ed. MORAGAS MORAGAS, R.), *El reto de la dependencia al envejecer*, op. cit., págs. 107 – 123.

ños, jóvenes, inmigrantes, minorías étnicas, discapacitados, entre otros. Al igual se le crítica, al restringir la acción protectora, al contemplar única y exclusivamente a los servicios sociales de vivienda, ocio, cultura y salud.

Resaltar que la noción de servicios sociales aparece indirectamente implícita en varios artículos del texto constitucional, así que además de los citados para la asistencia social, también se extiende para la cláusula del Estado Social, el principio de igualdad de oportunidades, el imperativo a los poderes públicos de garantizar los derechos que permiten el libre desarrollo de la personalidad, y la dignidad de la persona. Con todo ello, se deduce que el término de servicios sociales se encuentra constitucionalmente incardinado en las políticas sociales de atención a las mujeres, la familia y a la infancia, emigrantes, discapacitados, personas mayores, jóvenes, niños, minusválidos<sup>66</sup> y el resto de colectivos señalados en la Carta Magna .

Lo cierto es, que la Constitución Española no define los servicios sociales, la falta de definición se basa en que el texto constitucional no le atribuye al Estado y a las Comunidades Autónomas las competencias en servicios sociales. Y al no figurar en la relación de asuntos que señala el artículo 149 de la CE, no se debe afirmar que sean competencia exclusiva del Estado, como tampoco se puede afirmar que sean competencias autonómicas, ya que no figuran en el listado de temas a que hace referencia el artículo 148 de la CE. La solución al problema planteado, se encuentra en dos opciones. Por una parte, los servicios sociales podrán ser competencia de las Comunidades Autónomas, al hacer una interpretación amplia del artículo 148.1.20 de la CE. Por la otra, la competencia podrá ser asumida por los Estatutos de Autonomía, de conformidad con el artículo 149.3 de la CE, es decir, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias exclusivas en dicha materia, ya que constitucionalmente no se le atribuye al Estado. No obstante, las Comunidades Autónomas han venido llevando a cabo diferentes acciones ten-

dentes a la cobertura social de las personas en situación de dependencia, a través de acciones generales que se han incluido en el ámbito de los servicios sociales<sup>67</sup>, aunque algunos Entes públicos territoriales también han elaborado ciertos programas específicos para cubrir a este colectivo<sup>68</sup>.

### 3.4.- El rechazo de la dependencia como prestación de Seguridad Social

La protección de las situaciones de dependencia no se extrae como una materia exclusiva de Seguridad Social o de la Asistencia Social, sino como una situación fáctica de necesidad, susceptible de ser protegida por dichas materias y, por ende, se encuentra inserta en el más extenso concepto de Protección Social. Convirtiéndola, sin duda, en una materia transversal, por la existencia de varios títulos habilitantes, tantos estatales<sup>69</sup> como autonómicos<sup>70</sup>, para reglar la protección social de las personas en situación de dependencia.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia<sup>71</sup>, conocida también como «Ley de Dependencia», instaura una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social y del Estado, el cual ha creado instrumentos universales y comprensivos, innovadores para asegurar esa protección social sin optar por una cobertura directa por la Seguridad Social, que es completado, eventualmente, por la asistencia social o los servicios sociales autonómicos.

La LPAP se ampara en la Disposición Final Octava, desde el punto de vista de competencias, en

---

67 Ley de Castilla y León 5/2003, de atención y protección a las personas mayores, Ley de la Comunidad de Madrid 11/2003, de servicios sociales, Ley de La Rioja 1/2002, de servicios sociales, Ley de Andalucía 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad, Ley del Parlamento Vasco 5/1996, de servicios sociales, Decreto Legislativo de Cataluña 17/1994, de asistencia y servicios sociales, entre otros.

68 Por ejemplo, el Decreto 32/2005, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se crean y regulan las prestaciones para cuidadores de personas mayores dependientes.

69 Arts. 149.1.1 y 17 CE.

70 Art. 148.1.20 CE.

71 BOE n° 299, de 15 de diciembre de 2006.

---

66 Un estudio sobre sugerencias políticas públicas de servicios sociales. Vid. CASADO MARÍN, D., *Reforma política de los servicios sociales*, Editorial CCS, Madrid, 2002, págs. 75 – 131.

el artículo 149.1.1 de la CE, el cual atribuye competencia exclusiva al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales<sup>72</sup>. La Constitución Española no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento de aquellas condiciones básicas que tienden a garantizar la igualdad, de manera que su regulación no puede suponer una formación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos deberes; y otra delimitación positiva, las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales del mismo (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad<sup>73</sup>.

En este sentido, el Constituyente se ha posicionado de forma clara y precisa sobre qué ha de entenderse por condiciones básicas, al establecer que dentro de dichas condiciones existen criterios que guardan relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho, los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibiliten el ejercicio mismo del derecho<sup>74</sup>. Asimismo, cabe la posibilidad que junto a la formación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 de la CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de dicho precepto contengan una dimensión institucional, cuando sea imprescindible para garantizar la eficiencia del derecho o la igualdad

de todos los españoles en su disfrute<sup>75</sup>. Dicho en otros términos, dicho precepto constitucional constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, y no al diseño completo y acabado de su régimen jurídico<sup>76</sup>.

No obstante, como ya se ha adelantado, las Comunidades Autónomas han ejercido de manera desigual y sin coordinación entre ellas sus competencias en materia de asistencia social, lo que consecuentemente ha cobijado una cobertura dispersa a las situaciones de dependencia. La falta de existencia de una ley básica estatal de servicios sociales es en gran parte responsable de esta situación. Por ello, la mencionada Ley se fundamenta en el aludido artículo constitucional, para garantizar a todos los ciudadanos en situación de dependencia una posibilidad de asistencia, si no igual, sí parecida, en función de su grado de dependencia, ya sea a la delimitación del ámbito subjetivo de protección como a las prestaciones y servicios ofrecidos al colectivo de personas en situación de dependencia.

Sin embargo, como afirma el Dictamen del CES, la LPAP no debió ampararse exclusivamente en el artículo 149.1.1 de la Carta Magna, cuando existen otros títulos competenciales exclusivos del Estado<sup>77</sup>, como los establecidos en los ordinales 16 y 17 del artículo 149.1.1 de la CE: las bases y coordinación general de la sanidad; y la legislación básica de las Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas<sup>78</sup>. Dicho en otros términos, la LPAP debió acogerse a un título competencial claro y sólido, con el fin de evitar posibles conflictos de competencias. Uno de los votos particulares del Dictamen del CES, sostiene que la norma otorga al ejecutivo español todo lo concerniente a la toma de decisiones sobre el nivel de cobertura mínimo garantizado, invadiendo, de este modo, las competencias de las Comunidades

72 En este sentido Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, Tirran lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 59 - 72.

73 STC 154/1988. Asimismo, permite asegurar una uniformidad «en aras de intereses generales superiores a los de cada CCAA, un común denominador normativo a partir del cual cada CCAA en defensa de su propio interés podrá establecer las peculiaridades que desee». STC 1/1982.

74 STC 61/1997.

75 STC 209/2000.

76 SSTC 61/1997 y 188/2001.

77 Formulado por los consejeros del grupo primero D. Luis Burgos Díaz y D. Mikel Noval Fernández.

78 Según el voto mayoritario del Dictamen del CES.

Autónomas en los servicios sociales que son exclusivas en esta materia.

La inclusión de la dependencia en la Seguridad Social hubiera sido una opción constitucionalmente posible, puesto que el sistema de Seguridad Social configurado como función del Estado es de tendencia universalista y ha permitido incluir en su ámbito las prestaciones no contributivas, entre las que podría incluirse sin dificultad la atención a las situaciones de dependencia sin impedir que, con base a sus competencias propias, las Comunidades Autónomas pudieran establecer prestaciones o servicios complementarios para atender situaciones<sup>79</sup> de necesidad no cubiertas por la Seguridad Social<sup>80</sup>. No obstante, la protección de la dependencia excede de la función sustitutiva o complementaria de rentas mediante prestaciones económicas dominante en la Seguridad Social española, ya que trata de procurar una atención o cuidado a la persona y, en su caso, financiar el gasto correspondiente<sup>80</sup>.

En otras palabras, el artículo 149.1.17 de la CE ofrece cobijo suficiente para que las prestaciones de dependencia pertenezcan a las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, se han dado voces que al seguirse esta opción se tendría que dar respuesta a una serie de cuestiones, como la ubicación de las prestaciones de dependencia en el nivel contributivo de la Seguridad Social, o en el no contributivo, o en los dos niveles; y la financiación. Sin impedir, esta opción, que las Comunidades Autónomas puedan conseguir apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, es decir, a lo dispuesto en el artículo 148.1.20 de la Carta Magna<sup>81</sup>. No obstante, otro sector de la doctrina es del criterio que la protección económica de la dependencia debe ser administrada a través de las entidades gestoras de la Seguridad Social, y las prestaciones de asistencia sanitaria y servicios so-

ciales del colectivo dependiente sean confiados a las Comunidades Autónomas por aplicación de sus propias competencias en estas materias<sup>82</sup>.

Independientemente de lo que se considere ideal para su cobijo, el legislador ha optado, y así lo ha dejado ver en la LPAP, por configurar un modelo de protección social de la dependencia de carácter universal, no asistencial que es sólo es disponible para el colectivo carente de recursos, y al margen de la Seguridad Social. En otras palabras, la LPAP dispone de un sistema de protección universal financiado por medio de impuestos, pero fuera del sistema público de Seguridad Social y del método de cobertura de la Seguridad Social, creando un sistema de protección centrado en facilitar una atención personal efectiva y basado en las prestaciones dinerarias conforme a la idea de cobertura de necesidades económicas de la Seguridad Social. Asimismo, ha adoptado una perspectiva de atención y de prestación de cuidados a las situaciones de dependencia, y trata de asegurar esos cuidados a personas que lo necesitan y que podrán contribuir a su financiación, ampliando y complementado la insuficiente acción protectora de los actuales servicios sociales.

A raíz de este fundamento el legislador crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)<sup>83</sup>, con la intención de garantizar las condiciones básicas de esa promoción, de prever los niveles de protección, y de asegurar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas, desarrollando un modelo de atención integral que se organiza en niveles. No obstante, si la creación del SAAD constituye una novedad desde la óptica institucional, no lo es desde la perspectiva material, puesto que la LPAP prevé la integración de las prestaciones por ella establecidas en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas<sup>84</sup>.

Aun que las prestaciones no se ventilen mediante el Sistema de Seguridad Social, si bien su gestión se

79 STC 239/2002. Un análisis de esta sentencia.

80 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La protección social de la dependencia", *Relaciones Laborales*, Nº 23 – 24, 2006, págs. 4 – 5.

81 CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Aranzadi Social*, Nº 13, 2006, págs. 14 – 19. SEMPERE NAVARRO, A., "Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, «de dependencia»", *Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

82 GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 113 y ss.

83 Soporte instrumental de prestaciones establecido de modo similar al que instauró el Sistema Nacional de Salud, en los años ochenta, para dar cobertura a las necesidades de atención sanitaria de la población.

84 Art. 3.o) LPAP.

encuentra transferida a las Comunidades Autónomas, que pasarán a formar parte a la red del servicio del SAAD, sin que esto afecte a su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica. De este modo el SAAD se configura como una superestructura sectorializada por razón de la materia que integra, de forma coordinada, centros y servicios de diversas procedencias y titularidades. En este sentido, habrá que aplicar por analogía lo sucedido con el Sistema Nacional de Salud, es decir, de la misma manera que en Sanidad, el Estado establece unas prestaciones básicas mediante el establecimiento conjunto y uniforme del Sistema Nacional de Salud, aunque la gestión haya sido descentralizadas a las Comunidades Autónomas, en materia de dependencia el esquema es el mismo y las prestaciones básicas serán establecidas por el Estado en el SAAD, sin perjuicio de la potestad de las Comunidades Autónomas para mejorar las mismas. Como la norma que cobija al Sistema Nacional de Salud resalta la universalidad de la prestación y el origen público de la misma, en este caso con independencia de la forma de financiación o de las medidas de gestión que se adopten, dicha universalidad implica la inexistencia de requisito alguno en cuanto a cotización o afiliación, siendo los requisitos de acceso otros diferentes, como la edad, residencia y grado o nivel de situación de dependencia. Su similitud con la Sanidad se defiende por entender que la protección se dispensa no por la condición de trabajador del beneficiario sino por su condición de ciudadano, igual que en la cobertura sanitaria. Es por ello que las Comunidades Autónomas se les atribuyan en materia de dependencia un protagonismo semejante al que tienen en el ámbito sanitario <sup>85</sup>.

Lo más lógico y conducente era configurar la dependencia como prestación de Seguridad Social conforme a lo establecido en el artículo 149.1.17 de la CE, como lo han puesto en marcha Alemania, Austria y Luxemburgo <sup>86</sup>; e incluso lo hace saber el

Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia. La elección de esta opción, conllevaría su ubicación entre el nivel contributivo o en el nivel no contributivo. La elección de una u otra partirá según el prisma que se mire, puesto que, la primera, se financia a través de cotizaciones sociales, y, la segunda, por los impuestos, e incluso podría articularse por el nivel de protección contributivo o no contributivo, como presupuesto para afianzar una atención universal. No obstante, la LPAP rechaza el encaje de la dependencia como prestación de la Seguridad Social, ya que ha querido resaltar la desvinculación del SAAD con el sistema de Seguridad Social, al configurarlo como un sistema paralelo. De esta manera, aclara que, ni la dependencia es una contingencia protegida por la Seguridad Social, ni son de Seguridad Social las prestaciones de dependencia que en la Ley agrupa.

No obstante, existen dos respuestas del por qué el legislador no optó por incluir la dependencia en aquél Sistema. La primera, lo que, sin duda, destaca es el gasto que supone el sistema de pensiones de la Seguridad Social, y, por ende, no puede ser asumida por aquél. Con la separación de la contingencia de dependencia se protegería los recursos del sistema de la Seguridad Social destinados al pago de la pensiones, con ello se mantendrá y se sigue manteniendo a las pensiones como gasto principal de dicho sistema.

La segunda razón, nace por el simple hecho, que excluir la dependencia del mencionado Sistema otorgaría a las Comunidades Autónomas un papel relevante en la articulación del SAAD, como lo establece la LPAP, al señalar la distribución de la carga financiera de aquélla con el Estado. En otras palabras, la cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas podría verse dificultada si la dependencia se configura como una prestación de Seguridad Social por ser la competencia esencialmente estatal, puesto que se necesita la cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas para llevar a cabo la atención integral a las situaciones de dependencia. No obstante, cabe recordar, que la Seguridad Social es una institución que es llevada a cabo en exclusiva por el Estado, ya que los organismos auto-

<sup>85</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., "Fisuras de una Ley histórica en materia de protección social: El proyecto de Ley de Dependencia", *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 11, 2006.

<sup>86</sup> Vid. SCEIL ADLUNG, X., "Seguridad Social para las personas dependientes en Alemania y otros países: entre la tradición y la innovación", *Revista Internacional de la Seguridad Social*, Vol. 48, 1/1995.

nómicos (en la gestión de las pensiones no contributivas<sup>87</sup>) o las entidades colaboradoras privadas (en la gestión de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, entre otras) juegan un papel residual, si se tiene en cuenta a la inmensa cantidad de recursos del sistema, aunque relevante desde una óptica conceptual.

#### **IV.- CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

La LPAP ha proyectado un sistema de protección universal financiado por medio de impuestos, pero fuera del sistema público de Seguridad Social y del método de cobertura propio de aquél sistema, creando un sistema de protección centrado en facilitar una atención personal efectiva y basado en las prestaciones dinerarias en relación a la idea de cobertura de necesidades económicas de la Seguridad Social. A tal efecto, el legislador crea el cuarto pilar del Estado de Bienestar a través del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con el propósito de garantizar las condiciones básicas de esa promoción, de prever los niveles de protección, y de asegurar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas, desplegando un modelo de atención integral que se origina en niveles. Dicho en otros términos, acoge la dimensión multinivel de protección social, percatándose que la cooperación y financiación del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales aseguren el nivel mínimo de protección que el Estado garantiza a todos, facilitando niveles de atención que establezcan los Entes públicos territoriales.

Lo original de este Sistema, se fundamenta, con el llamado constitucional que se hace a los Poderes Públicos en materializar en la práctica los derechos sociales. Derechos que no pueden pender de decisiones exclusivas del Estado, sino, al contrario, debe hacerse de conformidad con el sistema de distribución de competencias entre diversos poderes territo-

riales, como ya se ha analizado en uno de los apartados anteriores. En otras palabras, el legislador se ha basado en el artículo 49 de la Carta Magna, al señalar que los Poderes Públicos efectuarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Asimismo, el artículo 50 del mismo texto legal establece que, aquéllos aparte de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, y con independencia de las obligaciones familiares, deberán promover su bienestar a través de un sistema de servicios sociales que se implique en los problemas de salud, cultura, ocio y vivienda<sup>88</sup>.

El artículo 1.1 de la LPAP establece el derecho de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que no requieren ni actividad profesional, ni cotización previa alguna; y, a su vez, posee el carácter de derecho subjetivo susceptible de ser exigido. Derecho que disiente con el carácter asistencial de las prestaciones y servicios sociales de las Comunidades Autónomas propuestos a satisfacer las necesidades básicas de las personas mayores y discapacitadas con carencia de recursos económicos<sup>89</sup>. No obstante, las Comunidades Autónomas han exteriorizado de forma desigual sus competencias específicas en materia de Servicios Sociales y Asistencia Social en el ámbito de la dependencia, la tercera edad y discapacidad, lo que ha logrado, sin duda, que los ciudadanos en parecidas situaciones de dependencia reciban un procedimiento distinto en relación al Ente público territorial en el que viven, sin dejar pasar el desbarajuste en la distribución territorial de los recursos. De manera que, ha provocado una desigualdad en el acceso a los servicios y prestaciones, en función del territorio, que confronta con el artículo 14 de la CE<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La protección social de la dependencia", op. cit., pág. 5.

<sup>89</sup> Vid. *IMSERSO*, Servicios sociales para personas mayores en España. Enero 2002, *Observatorio de Personas Mayores*, Madrid, 2002.

<sup>90</sup> ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, op. cit., págs. 73 – 74.

---

<sup>87</sup> *SEMPERE NAVARRO, A. y BARRIOS BAUDOR, G.*, Las pensiones no contributivas, *Aranzadi, Pamplona*, 2001.

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de conformidad con el artículo 6.2 de la LPAP, se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, servicios y centros, tanto públicos como privados. El legislador ha querido llamar a este Sistema de ese modo, porque dichos servicios y centros pueden integrarse en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas, transformándose en el elemento principal del SAAD. Dicho en otros términos, aquel Sistema se construye sobre la estructura ya existente de los Sistemas de Servicios Sociales de las diversas Comunidades Autónomas. No obstante, con el transcurso del tiempo el SAAD será constituido como el principal y único medio, conformado por el gran abanico de Servicios regionales para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En este sentido, el SAAD persigue un sistema de coordinación en una rama altamente fragmentada con el objetivo de lograr la integración de recursos, aplicar una planificación común y lograr máxima eficiencia en la red de servicios sociales.

De ahí la importancia de los mecanismos de cooperación que se establecen y, en especial, la creación del Consejo Territorial del SAAD, quien le corresponde acordar un Plan de Acción Integral, la intensidad de los servicios del Catálogo, los criterios de participación de los beneficiarios en el coste de los servicios, las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas, los grados de dependencia, y los criterios básicos para su valoración mediante el correspondiente baremo. En otros términos, las funciones del Consejo Territorial y la aprobación consensuada del Plan Integral aseguran la necesaria cooperación entre Estado y Entes públicos territoriales a desarrollar a través de los oportunos convenios.

En definitiva, el elemento clave de la operatividad del SAAD es el mencionado Plan de Acción Integral que es acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Territorial del Sistema, el cual definirá el marco de la cooperación interadministrativa que se desarrollará a través de los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. Entre las funciones del Consejo Territorial se incluye la de acordar la inten-

sidad de protección de los servicios, de aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto. Aparte de ser oído el Consejo Territorial, el Gobierno determinará como condición básica el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado, cuya financiación correrá a cuenta de la Administración General del Estado y cuya regulación se atribuye, a su vez, al Estado, pero cuya operatividad se apoya en mecanismos de coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas mediante el Consejo Territorial del Sistema del SAAD.

#### **4.1.- Los principios inspiradores del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**

El artículo 3 de la LPAP enuncia en dieciocho apartados los principios en que esta Ley se inspira, agrupándolos de la siguiente manera: a) El carácter público de las prestaciones del SAAD; b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación; c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada; d) La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia; e) La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real; f) La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades; g) El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental; h) La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible; i) La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida; j) La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia; k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen; l) La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a

los usuarios del SAAD; m) La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia; o) La participación del Tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia; p) La cooperación interadministrativa; q) La integración de las prestaciones establecidas en la Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados; r) La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres; y, s) Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente.

De su simple lectura, se pueden destacar y agrupar los siguientes principios más significativos:

- a) **Carácter público:** Las prestaciones del SAAD son de carácter público, ello no significa que, en el desarrollo de las prestaciones no pueda intervenir la iniciativa privada y el Tercer sector<sup>91</sup> en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia<sup>92</sup>. En este sentido, se incluye e incentiva el servicio de los seguros privados de dependencia<sup>93</sup>.
- b) **Carácter universal:** Acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>94</sup>. En otras palabras, se valorarán las necesidades de las personas que puedan acceder al siste-

ma atendiendo a criterios de equidad que garanticen la igualdad real, sin tener en cuenta el origen de la dependencia, la edad<sup>95</sup>, y la situación familiar y socioeconómica<sup>95</sup>; por lo tanto, el Estado debe garantizar la igualdad básica en el acceso a las prestaciones de todas las personas, con unos mínimos iguales en todo el territorio español<sup>96</sup>.

- c) **Transversalidad:** Se reconoce de manera expresa que la problemática de la dependencia se debe interactuar con diversas políticas educativas, jurídicas, económicas, sanitarias, de servicios sociales, entre otras.
- d) **Accesibilidad:** Facilitar a las personas en situación de dependencia de los servicios de atención, a través de una adecuada coordinación sociosanitaria que proporcione el fácil acceso a los diversos servicios, el cual debe garantizar la continuidad en los cuidados, ya sea en el sistema sanitario o dentro del propio sistema de servicios sociales. En este sentido, se debe tener en cuenta al colectivo de personas en situación de dependencia que residen en entornos rurales, elaborando un modelo de atención sociosanitaria que aborde las especificidades de dicho entorno y aproxime a este colectivo a los servicios que requieren percibir<sup>97</sup>. Por esta razón, la LPAP posee el carácter de normativa básica estatal y, por ende, de mínimos garantizados<sup>98</sup>.

91 Vid. VICENT CHULIÁ, F., "El Tercer sector: Las sociedades cooperativas y otras formas de economía social", en AA.VV., *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 719 – 731.

92 Cfr. SEMPERE NAVARRO, A., "¿Cómo proteger a las personas dependientes?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 675, 2005.

93 Para una visión de los seguros privados de dependencia. Vid. RIVERA SAGANTA, J., "El seguro de dependencia", *Actuarios*, Nº 19, 2001. MALDONADO MOLINA, J., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

94 De conformidad con el art. 3 de la LPAP, se trata en consecuencia de «hacer compatible la autonomía y la competencia de cada Comunidad Autónoma con la necesidad de la igualdad de derechos de los ciudadanos y las ciudadanas española ante la Ley».

95 El derecho a la dependencia se tendría que haber reforzado con la mención del artículo 53 de la CE. RODRÍGUEZ CABRERO, G., *Protección social de la dependencia en España*, op. cit., pág. 37.

96 PÉREZ BUENO, L., "La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 60, 2006, págs. 41 – 42.

97 CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", op. cit., pág. 26.

98 No obstante, se han dado voces al establecer que, «con la implantación del SAAD se va a mantener la cohesión social a través del desarrollo de la red de servicios sociales para la atención a la dependencia, públicos y de calidad, que aseguren a toda la población el acceso a la protección de forma igualitaria y solidaria evitando disparidades y desequilibrios en los diferentes territorios, garantizando los mismos niveles y de derecho y obligaciones». FONTECHA LÓPEZ, A. y PÉREZ MARTÍNEZ, J., "La ley de dependencia: un nuevo derechos social", *Claridad*, Nº 5, 2006.

- e) Calidad, sostenibilidad y accesibilidad: Debe darse un sistema de calidad y con calidad de los servicios de atención a la dependencia. Un aspecto relevante que hace incrementar tal calidad es la formación y cualificación de los profesionales dedicados a la atención de personas en situación de dependencia. En este sentido, el sistema de calidad debe estar inspirado en los principios de la calidad total para que el SAAD pueda cumplir con su cometido, y, así, beneficiar a los sujetos beneficiarios.

#### **4.2.- Niveles de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**

La protección de la situación de dependencia por parte del SAAD se prestará, como es lógico, en los términos establecido en la LPAP. El artículo 7 de dicho texto legal, establece tres niveles de protección:

- a) Un contenido mínimo común garantizado por la Administración General del Estado, aprobado por el Gobierno previa audiencia del Consejo Territorial del SAAD y financiado exclusivamente por la Administración General del Estado. Corresponde un nivel mínimo de protección para todos los beneficiarios del sistema, garantizado por el Estado, según el grado y nivel de dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.

En otras palabras, el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema en cualquier parte del territorio español no queda exclusivamente establecido en dicha Ley, sino que será determinada por el Gobierno, previa audiencia por el Consejo Territorial del SAAD. El cual se podrá cubrir mediante cualquiera de los servicios y prestaciones de atención a la dependencia establecidas en los artículos 14 y 15 de la LPAP, incluyendo las prestaciones sustitutivas de los servicios, independientemente de lo señalado en los artículos 14.3 y 17.1 del mismo texto legal. No obstante, al Gobierno le corresponde determinar el nivel mínimo de servicios y de prestaciones económicas garantiza-

dos para cada sujeto beneficiario del Sistema, partiendo del grado y nivel de dependencia, es decir, aquél fijará las condiciones de acceso a las prestaciones, la intensidad de protección de los servicios y la compatibilidad e incompatibilidad entre estos, la cuantía de las prestaciones y la participación de los beneficiarios en los costes de los servicios, que deberán ser determinados previa audiencia con el Consejo Territorial del SAAD.

- b) Un nivel superior de prestaciones derivado de los convenios que eventualmente suscriban la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas, cofinanciado entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Corresponde un nivel de protección acordado y financiado por la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas en el marco de los correspondientes convenios bilaterales, aumentando el nivel mínimo de protección fijado y garantizado por el Estado. No obstante, las Administraciones acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones agrupados en el Capítulo II de la LPAP, «Prestaciones y catálogo de servicios de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia», aumentando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado conforme lo señala el artículo 9 de la LPAP. El Consejo Territorial del SAAD le corresponde establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios agrupados en el Catálogo, y la compatibilidad e incompatibilidad entre estos, para su aprobación por el Gobierno a través de Real Decreto.

- c) Un nivel adicional de mejora de prestaciones y servicios, a iniciativa y a cargo de los Entes públicos territoriales. Las Comunidades Autónomas podrán definir con cargo a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al fijado por la Administración General del Estado, de los cuales podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más convenientes, para asegurar mayores niveles de protección, ejerciendo sus competencias propias y de

acuerdo con sus disponibilidades y opciones políticas<sup>99</sup>.

De la simple lectura, de estos tres niveles, se puede afirmar que, el único nivel garantizado por la LPAP a todos los sujetos dependientes es, el primero de los expuestos, es decir, el «mínimo» fijado y garantizado por el Estado, ya que es de aplicación en todo el territorio español. Sin embargo, los otros dos niveles de cobertura son «contingentes», en vista que requieren la inexcusable intervención o colaboración de la Comunidades Autónomas, por lo que pueden o no existir. No sería lógico que, aquéllas vayan a renunciar a la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del segundo nivel<sup>100</sup>. En el supuesto que, un Ente público territorial no concierte el convenio bilateral con el Estado, en relación a la igualdad de todos los ciudadanos, quedará limitada en su territorio, al mínimo garantizado por el mismo Estado con financiación estatal<sup>101</sup>.

Aunque la existencia de esta zona intermedia no sea objetable, según la jurisprudencia, el Constituyente ha señalado que, el Estado puede definir como condiciones básicas un nivel en el que se definen «facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos precios» y, por encima de ese nivel, un ámbito en que las condiciones básicas se limiten a ciertas premisas o presupuestos previos. No deja de provocar alguna perplejidad la existencia de ese nivel intermedio autonómico «acordado», sobre el que el Plan de Acción integral definirá el marco de la cooperación interadministrativa y cuyo desarrollo se realizará a través de convenio entre el Estado y cada uno de los Entes públicos territoriales, en los que se acordarán los objetivos mínimos y recursos para incrementar el nivel mínimo de protección estatal. Su posible alcance no queda suficientemente delimitado en el artículo 10 de la LPAP, ni en cuanto a sus posibles prestaciones, ni en lo relativo a su fi-

99 STC 239/2002.

Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La protección social de la dependencia”, *op. cit.*, pág. 12.

100 CAVAS MARTÍNEZ, F., “Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Aranzadi Social*, Nº 13, 2006, pág. 32.

101 Según el Dictamen 336/2006 del Consejo del Estado.

nanciación, más allá de la referencia a la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos, a determinar por el Consejo Territorial del SAAD y aprobar a través del Real Decreto<sup>102</sup>.

### 4.3.- Régimen de distribución de competencias en materia de dependencia

#### 4.3.1.- Estado

Las competencias que le corresponde al Gobierno Central, de conformidad con la LPAP, se agrupan de la siguiente manera:

- a) Establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en territorio español.
- b) Establecer las condiciones de acceso al Sistema de los emigrantes españoles retornados, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.
- c) Determinar el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los sujetos beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
- d) Aprobar a través de Real Decreto los criterios establecidos por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con el fin de determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo, y la compatibilidad e incompatibilidad entre estos.
- e) Determinar mediante de Reglamento la capacidad económica de la persona en situación de dependencia a considerar a la hora de prevalecer el acceso a los servicios; el acceso a ciertas prestaciones económicas, co-

102 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La protección social de la dependencia”, *op. cit.*, pág. 12.

mo las de asistencia personal y la de cuidados en el entorno familiar; y, de determinar la aportación del usuario en el coste de los servicios y la cuantía de las prestaciones sustitutivas de éstos.

- f) Aprobar mediante Real Decreto las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas de atención a la dependencia que se hayan acordado por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.
- g) Aprobar a través de Real Decreto el baremo que se acuerde en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con el fin de valorar la situación de dependencia y determinar el grado y nivel de dependencia.
- h) Determinar mediante Reglamento los requisitos para incorporar a la Seguridad Social los ciudadanos no profesionales en el Régimen que les corresponda, y así como los requerimientos y detalle del procedimiento de afiliación, alta y cotización.
- i) Promover las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia.
- j) El Gobierno Central queda habilitado para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la LPAP.

En relación a ésta última competencia, cabe resaltar que, el Estado no podrá hacer uso de esta habilitación si la materia a dilucidar pertenece al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Salvo que se refiera a materias que por su dimensión laboral o civil<sup>103</sup>, sean de la exclusiva competencia del Gobierno Central, sin embargo, la regulación de éstas deberá someterse a la previa negociación en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por la apli-

cación analógica de los preceptos 5.4, 10.3, 20 y 27.2 de la LPAP<sup>104</sup>. Aunado al hecho que, el Estado deberá informar a las Cortes con una periodicidad anual de la ejecución de las previsiones contenidas en la LPAP, el cual deberá incorporar la memoria del Consejo Territorial y el dictamen de los Órganos Consultivos.

#### 4.3.2.- Comunidades Autónomas

En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, independientemente de las competencias que les atribuye la Carta Magna, los Estatutos autonómicos y las diversas leyes vigentes, los Entes públicos territoriales les corresponde las siguientes competencias:

- a) Planificar, ordenar, coordinar y dirigir los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia. Dicho en otros términos, dicha competencia se extiende a todos los servicios y centros de atención a la dependencia de los que sean titulares las Comunidades Autónomas y las otras Administraciones Públicas y entidades privadas.
- b) Gestionar los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia. Los Entes públicos territoriales deberán determinar los órganos de valoración de la situación de dependencia, emitiendo un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda necesitar; reconocer la situación de dependencia, determinando los servicios que correspondan al sujeto solicitante en función del grado y nivel de dependencia; y, asegurar la elaboración del correspondiente Programa Individual de Atención.
- c) Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, configurando los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.

---

<sup>103</sup> La protección de la dependencia en el marco competencial mercantil, civil y tributaria. Cfr. BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M., "Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2004, págs. 220 – 223.

---

<sup>104</sup> ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, op. cit, págs. 89 – 90.

- d) Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la correspondiente acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.
- e) Desarrollar el listado de infracciones y sanciones previstas en la propia LPAP, e inspeccionar y sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios de los beneficiarios.
- f) Establecer el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados.
- g) Evaluar de manera periódica el funcionamiento del Sistema en su territorio, y aportar a la Administración General del Estado la información indispensable para la aplicación de los criterios de financiación previstos en la LPAP, en el artículo 32.

Independientemente de lo anterior, las Comunidades Autónomas dispondrán de competencias normativas para crear los órganos de valoración de la dependencia, los órganos y el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones, la organización de los servicios, los procedimientos de coordinación socio-sanitaria, el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados y el régimen de acreditación de los centros y servicios, y desarrollar el listado de funciones y sanciones previstos en la aludida Ley. Asimismo, tendrán competencias para estructurar la recogida de datos estadísticos sobre la demanda existente y los recursos disponibles, al igual que identificar nuevas necesidades; realizar campañas de carácter regional encausadas a la sensibilización de las personas en situación de dependencia, profesionales y cualquier otro colectivo, en relación a los derechos y necesidades de aquéllos; tutelar las fundaciones y asociaciones de carácter benéfico y asistenciales; establecer medidas preventivas dirigidas a potenciar el envejecimiento saludable; dispensar formación de carácter permanente y, por ende, reciclar al personal de los servicios de atención a la dependencia; y, asistir y prestar asesoramiento a nivel técnico a las entidades públicas o de iniciativa social que lo requieran. Final-

mente, podrán definir niveles de protección adicionales a lo establecido por el Estado, con cargo a sus presupuestos, de las diferentes normas de acceso y disfrute que consideren más oportunas, es decir, las Comunidades Autónomas podrán disponer de manera plena de todas las competencias, como coordinar, planificar, gestionar, supervisar y crear normas.

#### **4.3.3.- Entidades Locales**

Las Entidades Locales de conformidad con el artículo 12 de la LPAP, podrán participar en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivos Entes públicos territoriales y dentro de las competencias que el derecho positivo le atribuyen. Sin embargo, el Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia, establece que, las leyes de servicios sociales de ámbito autonómico les otorgan competencias propias en la programación, prestación y coordinación de nivel primario, que incluyen el diagnóstico, información, orientación, centros de día, telealarma, atención domiciliaria, entre otros. Aunque estos servicios, generalmente, son prestados por entidades privadas.

En este sentido, sería interesante que las Entidades locales tomaran en cuenta la ubicación geográfica de un buen número de personas en situación de dependencia en entornos rurales<sup>105</sup>, el cual exige diseñar un modelo de atención socio-sanitaria que cubra las especificidades de dicho entorno y acerque a este colectivo a los servicios que requieran recibir. Dicho en otros términos, las Entidades Locales deben potenciar la gestión descentralizada en relación a los servicios. De hecho, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en el artículo 30 en relación al desarrollo rural, establece que las «Administraciones públicas promoverán el desarrollo de una red de servicios sociales para atender a menores, mayores y dependientes como medida de conciliación de la vida labo-

---

<sup>105</sup> Vid. CARRIÓN, J., A., "La acción social desde los servicios sociales de base en el mundo rural", en AA.VV. (Coord. ALMARZA MEÑICA, J.), *Bienestar Social y Derechos Sociales*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1991, págs. 241 – 253.

ral, familiar y personal de hombres y mujeres en mundo rural».

De igual manera, las Entidades Locales podrán participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la forma y condiciones que propio Consejo disponga. Es de extrañar, que el legislador no haya mencionado en la Ley el tratamiento de la concertación de aquéllas con las empresas mercantiles y del Tercer sector, el cual hay que recordar que, éstas poseen gran importancia en la práctica como dispositivos de atención a las situaciones de dependencia. El hecho que la asistencia social haya evolucionado hacia un régimen jurídico de servicio público, no significa que deba permanecer en el olvido el importante papel que desempeña la iniciativa social privada en este campo<sup>106</sup>. De modo que, en materia de asistencia y servicios sociales, la colaboración con la iniciativa privada es imprescindible, en la realidad actual. Por ello, se hace necesaria la contribución del Tercer sector en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia<sup>107</sup>.

#### **4.4.- El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**

El complejo Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como ya se ha adelantado, va a requerir de una intensa cooperación, coordinación e interacción entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Por lo cual, se crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema, que estará integrado por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La representación de la Administración del Estado estará constituida por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por un número de representantes de los diversos Departamentos ministe-

riales. Las Comunidades Autónomas estarán representadas por un representante de cada una de ellas, el cual recaerá la representación en el miembro del Consejo de Gobierno respectivo que tenga a su cargo las competencias en la materia. Lo más relevante en la constitución del Consejo Territorial del SAAD, es el protagonismo que tienen los representantes de los Entes públicos territoriales. No obstante, las Entidades Locales también podrán participar en la forma y en las condiciones que el mismo Consejo Territorial ordene.

Sin menoscabar el respeto a las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes, corresponde al Consejo Territorial del SAAD, ejercer las siguientes funciones:

- a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10 de la LPAP.
- b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los artículos 10.3 y 15 de la LPAP.
- c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas en el artículo 20 y en la Disposición Adicional Primera de la LPAP, es decir, la prestación económica asociada al servicio, la prestación económica de asistencia personalizada, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y las ayudas económicas para facilitar la autonomía personal.
- d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.
- e) Acordar el baremo para determinar la situación de dependencia, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.
- f) Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.
- g) Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

<sup>106</sup> Sobre los requisitos que deben cumplir las instituciones privadas. Vid. ALONSO SECO, J. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 1997, págs. 176 – 182.

<sup>107</sup> En este sentido Vid. HERRERA GÓMEZ, M., *El Tercer Sector en los sistemas de bienestar*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1998.

- h) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.
- i) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.
- j) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas que determinen el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
- k) Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.
- l) Acordar las normas en cuanto a su funcionamiento y Presidencia.

Asimismo, acordará los criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración, los criterios básicos de procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, las características comunes del órgano y de los profesionales que procedan al reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones, los criterios comunes de acreditación de centros y planes de calidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, los estándares esenciales de calidad para cada uno de los servicios, y los objetivos y contenidos del Sistema de información del SAAD. Finalmente, promoverá la adopción de un plan integral de atención para menores de 3 años en situación de dependencia, en el que cobije las medidas a adoptar por los Entes administrativos para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales.

En relación al régimen de adopción de los acuerdos y al valor de estos, se debe tener en cuenta la experiencia legislativa en el Sistema Nacional de Salud, desarrollado en la década de los ochenta, que ha dado luz a la formación del cuarto pilar del Estado de Bienestar, como la normativa aplicable al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud dis-

puesto en los artículos 69 y siguientes de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>108</sup>. De manera que, este Consejo, previo aprobación por consenso, formula recomendaciones concernientes a las funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud, funciones de coordinación de dicho Sistema, funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud, y funciones de cooperación entre el Estado y los Entes públicos territoriales. Las Administraciones Sanitarias, mediante el Consejo Interterritorial, podrán establecer acuerdos de cooperación para llevar a cabo actuaciones sanitarias conjuntas en materia de protección de la salud, atención sanitaria, productos sanitarios, farmacia, recurso humanos, entre otras, previo convenio de este Consejo que lo formalizará.

Ahora bien, partiendo de la anterior premisa, se puede aplicar por analogía la posible articulación normativa de los acuerdos del Consejo Territorial del SAAD<sup>109</sup>, en la que habrá que diferenciar dos supuestos:

- a) Materias de la competencia estatal: El Consejo Territorial del SAAD actuará en calidad de órgano colegiado constituido por la LPAP, para el ejercicio, por parte del Estado, de sus competencias en materia de dependencia, por lo que los acuerdos se deberán adoptar por consenso, es decir, por mayoría de votos. De la simple lectura de los artículos 5.4, 10.3, 20 y 27.2 de la LPAP se deduce que, el Gobierno deberá aprobar los acuerdos del mencionado Consejo. De manera que, los Reales Decretos no se dictarán sobre la base o en aplicación de los acuerdos, sino que la conexión entre estos será total. Lo que significa que, el Gobierno deberá aprobar dichos acuerdos en los propios tér-

<sup>108</sup> BOE nº 128, de 29 de mayo de 2003.

Vid. BELTRÁN AGUIRRE, J., "Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del sistema nacional de salud", *Derecho y Salud*, Vol. 11, Nº 2, 2003, págs. 123 – 139. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E., "El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias", *Derecho y Salud*, Vol. 15, Nº 1, 2007, págs. 1 – 28.

<sup>109</sup> ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, op. cit., págs. 101 y ss.

minos que se establezcan, sin tener la atribución de modificar, adicionar o suprimir alguna de ellas. En el supuesto contrario, los acuerdos serían considerados nulos, por ser contrarios a Derecho de conformidad con los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).

- b) Materia de la competencia autonómica: En este caso existen dos posibilidades, en función de que el representante de la Comunidad Autónoma haya manifestado o no su conformidad. En el primer supuesto, el acuerdo del Consejo obligará al Ente público territorial, ya que no existe ninguna dificultad en reconducirlo a la categoría de convenios del Consejo Territorial del SAAD. El segundo, el acuerdo tendrá el valor de una recomendación, independientemente que aquél se haya alcanzado por mayoría.

#### **4.5.- Los convenios de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas**

Otro punto a destacar en relación a la coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas<sup>110</sup>, son los convenios de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. El artículo 10 de la LPAP establece que, en el seno del Consejo Territorial del SAAD, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se materializará en los correspondientes convenios entre aquéllas, acordando los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones recogidas en dicha Ley, en el Capítulo II, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado. Asimismo, deberán establecer la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, y los términos y condiciones para su revisión. Al igual que, la aportaciones del Estado derivadas de la ga-

rantía del nivel de protección definido en el prenombrado precepto.

Los convenios suscritos entre las Administraciones Públicas son una técnica, frecuentemente utilizada en aras a conseguir la cooperación o colaboración interadministrativa. Al ser una técnica propia de la colaboración o cooperación, el régimen jurídico aplicable a esta clase de convenios estará constituido por la doctrina elaborada sobre el principio de cooperación<sup>111</sup>. En la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establece, dentro del apartado VI, que el Título I aborda las relaciones de la lealtad constitucional y la colaboración que han de presidir aquéllas, consustancial al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Carta Magna. Afirmándose que, el hecho de que coexistan una diversidad de Administraciones que proyecten su actividad sobre el mismo ámbito territorial, personal y, en ocasiones, material, obliga a intensificar las relaciones de cooperación, mediante la asistencia recíproca, el intercambio de información, las Conferencias sectoriales para la adopción de criterios o puntos de vista comunes al abordar los problemas de cada sector o la celebración de convenios de colaboración. De manera que, estos convenios de colaboración están, por tanto, regulados dentro del Título I de la LRJAP, en los artículos 6 y 8.

De conformidad con el artículo 6.2 de la LRJAP, los convenios deberán especificar: a) Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes; b) La competencia que ejerce cada Administración; c) Su financiación; d) Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento; e) La necesidad o no de establecer una organización para su gestión; f) El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio; g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción.

---

<sup>110</sup> Vid. STC 214/1989, de 21 de diciembre.

---

<sup>111</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 27.

Asimismo, deberán ser comunicados al Senado y publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma respectiva. Dada la naturaleza administrativa de estos convenios de colaboración, será el orden jurisdiccional el competente para dilucidar las cuestiones litigiosas que puedan presentarse entre las partes durante su ejecución, sin perjuicio de la competencia, en su caso, del Tribunal Constitucional.

Por último, cabe recordar que, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha venido suscribiendo distintos convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas en materia de servicios para personas mayores y discapacitados. Gracias a la LPAP, dicho Ministerio, ya ha suscrito varios convenios de colaboración con aquéllas para la implementación de acciones a favor de personas en situación de dependencia, a través de distintos pilotos. Uno de los grandes objetivos de estos convenios, suscritos recientemente, es el de implementar y desarrollar programas que tengan por objeto la atención de las personas en situación de dependencia mediante la realización de diferentes proyectos que, independientemente de la edad, requieran de atención para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, con el fin de que en la medida de lo posible puedan permanecer en su entorno afectivo y social habitual.

#### **4.6.- Los órganos consultivos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**

El legislador potencia y fomenta la participación institucional de las federaciones, confederaciones, asociaciones de mayores y discapacitados, ONG's, organizaciones sindicales y empresariales, y entidades sociales, en vista de que juegan un papel decisivo en la implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Por esta razón, la LPAP en el artículo 41.1 prevé cuatro órganos consultivos de participación institucional del SAAD: a) El Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; b) El Consejo Estatal de las Personas Mayores; c) El Consejo Nacional de la Discapacidad; y f) El Consejo de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social. También entra como órgano consultivo del SAAD, los Con-

sejos Autonómicos de Personas Mayores y Personas con Discapacidad.

Una de las principales funciones que tienen estos órganos es la de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. De manera que, las entidades antes mencionadas desempeñarán una gran labor por la defensa de los propios intereses que representan, al identificar las carencias del Sistema, vigilar el funcionamiento de aquél y presentar propuestas activas encaminadas a conseguir una adecuada cobertura de las necesidades de las personas en situación de dependencia. Cabe destacar, que la experiencia obtenida estos últimos años en los Sistemas de Servicios Sociales en relación a dichos órganos, puede ser de aplicación o traspolarlo a lo que podría suceder con el SAAD, tales como, la disociación y atomización de los intereses de las personas en situación de dependencia, en vista de que cada órgano consultivo se inclinará en defender los intereses privativos del colectivo al que abogan; aunado a la concurrencia de funciones paralelas, con la consecuente complicación y demora de los procesos de gestación y adopción de las medidas indispensables para la articulación del Sistema. Por esta razón, se ha criticado la LPAP en vista que, las funciones de asesoramiento, información y formulación de propuestas para el debido funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberían estar centralizadas en un sólo órgano consultivo en el que pudieran concurrir las diferentes entidades interesadas en la buena labor del mismo<sup>112</sup>.

##### ***4.6.1.- El Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia***

El Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es un órgano asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del cual se hace efectivo, de manera permanente, la participación social en el Sistema y se ejerce la participación institucional tanto de las organizaciones sindicales como las empresariales en

<sup>112</sup> Cfr. El voto particular del Dictamen 3/2006 del CES.

el mismo. El cual estará conformado por las Administraciones Públicas, las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME).

En los términos que se establezcan reglamentariamente se nombrarán los siguientes miembros, que conformaran dicho Comité: a) Seis representantes de la Administración General del Estado; b) Seis representantes de las Administraciones de los Entes públicos territoriales; c) Seis representantes de los Entes Locales; d) Nueve representantes de las organizaciones empresariales más representativas; y, e) Nueve representantes de las organizaciones sindicales más representativas. Lo que significa, que el Comité estará conformado por 36 personas.

La presidencia le corresponde al representante de la Administración General del Estado, que será designado por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El funcionamiento del Comité se llevará a cabo mediante reglamento interno. No obstante, tendrá carácter paritario entre las Administraciones Públicas, por una parte, y las organizaciones empresariales y sindicales, por otra. De manera que, sus acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos emitidos en cada una de las partes, requiriendo la mayoría de los votos, tanto de las Administraciones Públicas, como las organizaciones sindicales y empresariales. Su principal función es la de informar, asesorar y formular propuestas en relación a las materias que resulten de gran interés para el funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En términos generales, el Comité Consultivo sigue un modelo parecido a la participación institucional en el ámbito de la Seguridad Social, articulado de forma tripartita y excluyente por medio de las prestaciones de la Administración, de las organizaciones sindicales más representativas y de las organizaciones empresariales de mayor representatividad<sup>113</sup>. Si bien, en el Comité Consultivo del SAAD la composición es paritaria entre los representantes de

las organizaciones sociales y de las diferentes Administraciones Públicas.

#### **4.6.2.- El Consejo Estatal de las Personas Mayores**

El Consejo Estatal de las Personas Mayores es un órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La finalidad principal a que se encuentra sujeta es institucionalizar la colaboración y participación de las personas mayores. El Consejo Estatal de las Personas Mayores, es creado mediante Real Decreto 117/2005, de 4 de febrero, por el que regula su naturaleza, funciones, composición y funcionamiento<sup>114</sup>.

El Consejo Estatal de las Personas Mayores tiene la finalidad de institucionalizar la colaboración y participación de las personas mayores en la definición, aplicación y seguimiento de las políticas de atención, inserción social y calidad de vida dirigidas a este sector de la población en el campo de competencias atribuidas a la Administración General del Estado. Canaliza hacia la Administración General del Estado las iniciativas y demandas de las personas mayores. Asesora e informa sobre las consultas que le son formuladas por los Departamentos Ministeriales e Instituciones en materias que afectan a las condiciones y calidad de vida de la población mayor.

En particular, el Consejo tiene atribuidas las siguientes funciones, sin menoscabo de las que correspondan a otros órganos de representación y participación legalmente establecidos:

- a) Formular propuestas sobre líneas estratégicas y prioridades de actuación de las políticas dirigidas a las personas mayores en el ámbito de la Administración General del Estado.
- b) Participar en la elaboración y desarrollo de los servicios correspondientes a la situación de dependencia y de los distintos planes es-

<sup>113</sup>

Vid. Art. 60 de la LGSS y las disposiciones reglamentarias que lo desarrollan.

<sup>114</sup>

BOE nº 31, de 05 de febrero de 2005.

tatales relacionados con las personas mayores.

- c) Informar los proyectos de disposiciones generales relacionadas con las personas mayores que les sean consultados por los departamentos ministeriales y Administraciones públicas y atender las consultas que le sean formuladas por éstos o por otras instituciones relacionadas con las personas mayores, y emitir los correspondientes dictámenes.
- d) Conocer previamente y asesorar sobre las convocatorias de subvenciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dirigidas a las entidades sin ánimo de lucro de personas mayores.
- e) Fomentar el desarrollo del asociacionismo y la participación de las personas mayores en la sociedad.
- f) Establecer sistemas de cooperación entre los poderes públicos y las organizaciones sociales.
- g) Promover la realización de estudios y de investigaciones sobre las personas mayores.
- h) Fomentar el desarrollo de sistemas de calidad en las organizaciones, centros y servicios de personas mayores.
- i) Representar al colectivo de las personas mayores ante las instituciones y organizaciones de ámbito nacional e internacional.

El Consejo Estatal de las Personas Mayores estará constituido por: a) Un presidente, quien será el titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad; b) Dos vicepresidentes, ostentando al cargo a uno de ellos, el titular de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales; y, al otro, un representante de las organizaciones de personas mayores, que será elegido por y entre los consejeros pertenecientes a aquellas confederaciones, federaciones o asociaciones que lo componen; c) Un secretario, que será elegido por y entre los consejeros pertenecientes a las confederaciones, federaciones o asociaciones de personas mayores que lo componen; y, d) Los consejeros.

#### **4.6.3.- El Consejo Nacional de la Discapacidad**

El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme lo señala el artículo 1 del Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad<sup>115</sup>, el cual es establecido para garantizar la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, en orden a definir y coordinar una política coherente de atención integral para personas con discapacidad.

El Consejo Nacional de la Discapacidad es un órgano consultivo que permitirá que las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participen en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en el ámbito de la discapacidad. Este órgano cuenta, con una Oficina Permanente Especializada encargada de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La composición del Consejo es de carácter colegiado interministerial del que forman parte, además del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el de la Presidencia, de Asuntos Exteriores y Cooperación, de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior, de Fomento, de Educación y Ciencia, de Industria, Turismo y Comercio, de Administraciones Públicas, de Sanidad y Consumo, y de Vivienda. El Consejo Nacional está constituido por el Presidente, tres Vicepresidentes, treinta vocales, cuatro asesores y un Secretario.

#### **4.6.4.- El Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social**

El Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social es un órgano colegiado, de naturaleza interinstitucional y de carácter consultivo, adscrito a la Administración General del Estado, mediante el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Organismo concebido como ámbito de

---

115 BOE nº 216, de 07 de septiembre de 2004.

encuentro, participación, diálogo y asesoramiento en las políticas públicas de servicios sociales, el cual está constituido por: a) El presidente, quien es el titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad; b) Dos vicepresidentes, uno, es el titular de la Dirección General de Servicios Sociales y Dependencia, y, el otro, es un vocal representante de las ONG's, elegido por los vocales del Consejo pertenecientes a dichas organizaciones entre los representantes de las agrupaciones y entidades sociales; c) Un secretario, que será el titular de la Subdirección General de Organizaciones no Gubernamentales y Voluntariado; y, d) 37 vocales en representación de la Administración General del Estado y de las ONG's de Acción Social. También podrán formar parte del Consejo expertos propuestos por la Administración General del Estado o por las Organizaciones no Gubernamentales. Asimismo, podrán formar parte del Consejo los expertos propuestos por la Administración General del Estado o por las ONG's.

Dicho Consejo tiene como finalidad principal propiciar la participación y colaboración del movimiento asociativo en el desarrollo de las políticas de acción social enmarcadas en el ámbito de competencias atribuidas al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Para el cumplimiento de tal cometido, aquél ejerce funciones de asesoramiento y propuesta sobre cuantas medidas de política social pueden abordarse a favor de los grupos más vulnerables de la sociedad española.

#### **4.6.5.- Los Consejos Autonómicos de Personas Mayores y Personas con Discapacidad**

Los Consejos Autonómicos de Personas Mayores y Personas con Discapacidad, se componen de dos instituciones, dependiendo cómo las denomine cada Ente público territorial<sup>116</sup>. Algunas Comunidades Autónomas prevén Órganos de Participación de las Personas Mayores y Discapacitadas<sup>117</sup>, mientras

116 ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, op. cit., págs. 121 – 124.

117 Vid. *El Consejo Regional para las Personas Mayores* (Decreto 96/2004, de 26 de agosto) y *el Consejo Regional para las Personas con Discapacidad de Castilla y León* (Decreto 283/1998, de 23 de diciembre); *El Consejo Asesor Regional de Personas Mayores* y *el Consejo*

que otras, poseen Consejos Regionales de Personas Mayores<sup>118</sup>. Sin embargo, aquéllas se prevén a nivel regional, provincial y local<sup>119</sup>.

En cuanto a la composición de los Consejos Regionales de Personas Mayores, varía mucho en cada una de las Comunidades Autónomas. Generalmente, están conformados por representantes de las Administraciones Públicas con competencias que afectan al colectivo de personas mayores en el ámbito del correspondiente Ente público territorial y de las asociaciones de mayores. Sin embargo, la representación de las personas mayores se atribuye a las asociaciones, federaciones y confederaciones de personas mayores, como en el caso de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Murcia. Mientras que, otros Entes públicos territoriales se les requiere una mínima implantación en el sector, de un mínimo de socios. Por ejemplo, en la Comunidad de las Islas Baleares se exige el número de 150 socios; en la Comunidad de Andalucía, requiere de 800 socios; y, en las Comunidades de Castilla-La Mancha y Navarra exigen 1.000 socios.

La composición de los Consejos Regionales de Personas con Discapacidad, está integrado, por lo general, por representantes de las Administraciones públicas con competencias que afectan al colectivo de personas con discapacidad en el ámbito del correspondiente Ente público territorial y por representantes de las asociaciones, federaciones y confederaciones de personas con discapacidad y, en ciertas ocasiones, de sus representantes legales o familiares, de ámbito autonómico como en el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

---

*Asesor Regional de Personas con Discapacidad de la Comunidad Autónoma de Murcia* (Decreto 95/2004, de 24 de septiembre); *el Consejo de Personas Mayores* (Decreto 56/2001, de 24 de mayo) y *el Consejo Asesor de Discapacidad del Principado de Asturias* (Resolución de 2 de marzo de 2005); entre otros.

118 Vid. *El Consejo Regional de Personas Mayores de Cantabria* (Decreto 49/2003, de 8 de mayo), *el Consejo de Personas Mayores de Castilla-La Mancha* (Decreto 24/1999, de 9 de marzo), y *el Consejo Canario de los Mayores* (Decreto 240/1997, de 30 de septiembre), entre otros.

119 Vid. *El Consejo Regional, los Consejos Provinciales y los Consejos para las Personas Mayores en el ámbito de las Administraciones Locales*, y *el Consejo Regional y los Consejos Provinciales para las Personas con Discapacidad de Castilla y León*, entre otros.

#### 4.7.- La Red de Servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

El artículo 6.2 de la LPAP, como ya se ha adelantado, configura el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados. La red de Centros del SAAD estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal, y para la atención y cuidado de situaciones de dependencias, así como los privados concertados debidamente acreditados. La conformación de dichos centros en el SAAD no supondrá alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica. En este sentido, cada Administración territorial y cada entidad privada mantendrán la titularidad, gestión, administración y dirección orgánica sobre los centros y establecimientos dependientes de las mismas, a la entrada en vigor del prenombrado texto legal. De la cual, las prestaciones y servicios señalados en la LPAP se integran en la Red de Servicios Sociales de los respectivos Entes públicos territoriales en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas.

Dicho en otros términos, los centros y servicios para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de las personas en situación de dependencia estarán adscritos a los Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas, incluyendo a los órganos que venían siendo gestionados separadamente por los Entes Locales. De esta manera, se trataría de evitar eventuales desconexiones y deficiencias organizativas, integrando todos los centros y servicios bajo la exclusiva responsabilidad de los Entes públicos territoriales. No obstante, se echa de menos en la LPAP, la adopción de mecanismos que compensen el leve efecto centralizador que pueda resultar de tal medida<sup>120</sup>. Sin embargo, para sopesar la falta de especificación en la Ley, se podría partir del establecimiento de demarcaciones

territoriales que integraran coordinadamente los servicios de atención primaria y especializada, en igual estructura que las Áreas de Salud de los Servicios de Salud Autonómicos. Por tanto, toda la red de recursos de atención a la dependencia debe tener la característica de proximidad y, por ende, debe planificarse y disponerse de ella en el lugar más cercano a la vida cotidiana de sus destinatarios. Sucesivamente, por lo que se refiere a las intervenciones, han de realizarse, cualquiera que sea el dispositivo o recurso desde el que se atiende a la persona, con un enfoque comunitario, al que los profesionales de los servicios sociales en este ámbito debieran retornar. En suma, en contra de las denominaciones y concepciones vigentes, una correcta atención a la dependencia exige la disposición de toda la red de recursos en entornos locales de proximidad y que las intervenciones estén marcadas, conjuntamente, por la especialización y el trabajo comunitario<sup>121</sup>.

En este sentido, los Entes públicos territoriales les corresponde crear y actualizar el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad<sup>122</sup>. En el que podrán estar inscritos, por ende, las entidades incluidas en el ámbito competencial de los Servicios y Centros de Servicios Sociales, tanto públicos como privados, ya sean estos últimos con o sin ánimo de lucro, que actúen en el territorio de cada Ente público territorial, con su debida autorización. En otras palabras, las Comunidades Autónomas deberán autorizar la creación o construcción, puesta en funcionamiento y modificación sustancial de aquellos Centros y Servicios que se encuentre ubicados o que actúen en sus correspondientes territorios, y crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios. Al igual que, los Entes públicos territoriales también establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados, en el que se tendrá en cuenta de manera espe-

120 ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), *La protección de la dependencia*, op. cit., pág. 126.

121 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., *El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia*, Documento de Trabajo 87/2006, Fundación Alternativas, Madrid, 2006, págs. 62 – 63.

122 Vid. HOYLE, D., *ISO 9000. Manual de Sistemas de Calidad*, Pirámide, Madrid, 1995, pág. 23.

cial los correspondientes al Tercer sector, es decir, a las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa social o ciudadana, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales.

En definitiva, el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales se constituyen como instrumento básico de planificación, coordinación y financiación de la actividad de Servicios Sociales en el territorio de las Comunidades Autónomas. Entre sus principales funciones, se destacan las autorizaciones administrativas de entidades, centros o servicios que reúnan los requisitos y condiciones necesarios para poder garantizar a sus destinatarios la calidad de las prestaciones, y una asistencia adecuada a sus necesidades; la rápida introducción de elementos administrativos que permitan a la Comunidad Autónoma el conocimiento exacto de las entidades y Centros que desarrollan su labor en ella; conseguir la máxima efectividad en cuanto a la gestión de los planes de inversión que la Comunidad Autónoma ha de llevar a cabo; facilitar al máximo las relaciones de los ciudadanos con su Administración respectiva, consiguiendo una notable simplificación para cualquier petición o gestión, no siendo precisa la aportación de otros documentos al constar estos en los antecedentes necesarios para la obtención del mismo<sup>123</sup>.

De conformidad con la legislación del respectivo Ente público territorial, los centros de atención a personas mayores y los centros de atención a personas con discapacidad de titularidad privada deben ser objeto de acreditación por la correspondiente Comunidad Autónoma para poder concertar con ésta. De manera que, la acreditación es el acto por el que la Administración de la Comunidad Autónoma garantiza que los centros a los que se les otorgan las condiciones de calidad para poder concertar con aquélla,

y, a su vez, obtener el reconocimiento de la calidad de sus servicios<sup>124</sup>.

Principalmente las condiciones que fijan los Entes públicos territoriales para obtener tal acreditación se basan en los siguientes aspectos: a) Condiciones físicas y arquitectónicas; b) Instalaciones y equipamientos; c) Adecuación de las diferentes zonas del centro; d) Condiciones higiénico-sanitarias y de seguridad; e) Condiciones funcionales relativas a la garantía de los derechos de los usuarios; normas de régimen interno y de contabilidad; recursos humanos, es decir, organización del personal, y otros aspectos que resulten necesarios para permitir un adecuado funcionamiento del Servicio o Centro; f) Atención ofrecida e índice de las prestaciones; g) Sistema de información a la Dirección General u organismo Autónomo que corresponda; h) Sistema de contabilidad; i) Sistema de participación; j) El encuadramiento dentro del Plan Regional de Servicios Sociales; k) El régimen de atención, tanto global como parcial; l) El horario de atención; m) Dotación de personal, en el que se establecerá la *ratio* de personal de atención directa en función del número de usuarios; y, n) Programación de actividades.

## **V.- LA DEPENDENCIA, SU VALORACIÓN Y LOS SUJETOS TITULARES DE DERECHOS A LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA**

### **5.1.- Concepto de dependencia**

La dependencia, desde su origen, permite distintos puntos de aproximación. De modo que, desde otra óptica, esto es, aquella que toma como referente no al sujeto activo de tutela sino al objeto que se persigue con la misma. En otras palabras, sería hablar de la «ayuda a la autonomía personal». El origen de esta situación tiene un claro fundamento social y una neta explicación demográfica. No obstante, la idea de dependencia ofrece distintos significados; y su alcance puede quedar referido a cualquier colectivo social. La realidad social demuestra que el colec-

<sup>123</sup> Vid. Decreto 11/1983, de 23 mayo, de Servicios Sociales, que crea el Registro unificado de entidades y centros de servicios sociales. (DO. Extremadura, N° 9, de 1-07-83).

<sup>124</sup> ROQUETA BUJ, R., "El sistema para la autonomía y atención a la dependencia", en AA.VV. (Coord. ROQUETA BUJ, R.), La protección de la dependencia, op. cit., págs. 128 – 129.

tivo de personas mayores resulta su campo de aplicación natural<sup>125</sup>. No obstante, cabe recordar que, todos somos dependientes, pero hay colectivos que necesitan más ayuda que otros.

El verbo «depender», etimológicamente, proviene del verbo latín *dependere* que significa colgar. El diccionario de la Real Academia Española define «dependencia» como la «situación de una persona que no puede valerse por sí misma»<sup>126</sup>. La Organización Mundial de la Salud caracteriza a la dependencia como el hecho de no poder vivir de manera autónoma, y necesitar de forma duradera la ayuda de otros para actividades ordinarias de la vida cotidiana<sup>127</sup>.

El Consejo de Europa la define como «la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana»<sup>128</sup>, dicho en otros términos, la dependencia es «un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a las falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria»<sup>129</sup>. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que, «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez».

El Texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado por España en referéndum el 20 de febrero de 2005 y en el que se recoge en el artículo II-94, dentro de un genérico epígrafe sobre la «Seguridad Social y la ayuda social», establece el reconocimiento y respeto de la Unión por el «derecho de acceso a las prestaciones

de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales».

Antes de seguir avanzando, es preciso aclarar que, no existen «personas dependientes», sino «personas en situación de dependencia». La dependencia no es una cualidad de algunas personas. Al contrario, es una situación que afecta de forma ocasional o cronicada, a algunas personas, en razón de circunstancias de edad, enfermedad o accidente. En este sentido, no existen «personas dependientes» y «personas independientes», sino situaciones en las que una persona puede perder parte de su autonomía para realizar determinadas tareas o actividades, dicho en otros términos, en situación más o menos intensa de dependencia<sup>130</sup>.

A pesar de estas definiciones, la LPAP define en el artículo 2.2 la «dependencia». No obstante, cabe recordar que, el propósito de esta Ley, no es sólo establecer mecanismos de asistencia o atención a las personas en situación de dependencia, ya que, de conformidad con el artículo 1.1, también protege la autonomía personal de las personas en situación de dependencia. De modo que, la autonomía es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Por su parte, el apartado segundo del artículo 2 describe la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas

125 *Las posibles concepciones de dependencia. Vid. MERCADER UGUINA, J., "Concepto y concepciones de la dependencia", Relaciones Laborales, Tomo II, 2004, págs. 171 – 180.*

126 Cfr. [www.rae.es](http://www.rae.es)

127 54.ª Asamblea Mundial de la Salud, mayo de 2001.

128 Cfr. MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., "Una política integral de protección a las personas mayores dependientes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 10, 1998, pág. 167.

129 CONSEJO DE EUROPA, *Necesidades específicas de las personas dependientes; costes y financiación*, Estrasburgo, 1995.

130 GARCÍA HERRERO, G., "Ideas, Argumentos y propuestas sobre Los Servicios Sociales, la Autonomía Personal y la Protección a las Personas en Situación de Dependencia", *Trabajo Social Hoy*, 2º semestre, 2005, pág. 22.

con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»<sup>131</sup>.

De su simple lectura, se pueden extraer los elementos que integran el término de «dependencia»:

a) **Carácter permanente:** El acceso a la protección de la dependencia requiere que la necesidad de atención a la persona en situación de dependencia se prolongue en el tiempo. Como ya se sabe, la dependencia tiene afinidad con la incapacidad permanente, y, por ende, aquélla debe ser previsiblemente definitiva. Sin embargo, no entrarán en la situación de dependencia, si bien materialmente lo sean, las que exclusivamente se desarrollen en un limitado período de tiempo o de nula dependencia, como en el caso de las enfermedades de corta duración.

b) **Agentes generadores de la situación de dependencia:** La existencia de una limitación mental, intelectual, sensorial y/o física que influya en ciertas capacidades de la persona. En otros término, dicha limitación debe derivar del envejecimiento (edad), la enfermedad y/o de la discapacidad. Cabe advertir que, la situación de dependencia no es exclusiva a la ancianidad, ya que también afecta a otros colectivos. Existe una distorsión en asociar la situación de dependencia con las personas mayores, pero en realidad dicha contingencia afecta a cualquier sector de la población.

c) **La necesidad de ayuda de terceras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria:** Las consecuencias de la pérdida o falta de autonomía se extiende a la necesidad de ayuda de terceros o de ayudas significativas para el desenvolvimiento de las actividades básicas de la vida diaria, es decir, a las tareas más elementales de la persona, que le permitan desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, como pueden ser las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, el cuidado personal, reconocer personas y

---

<sup>131</sup> El Consejo Económico Social (CES) señaló en el Dictamen 3/2006, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que «debería evitarse el uso de la expresión «vivir al día» para referirse a «vivir cada día» o «vivir el día a día», puesto que aquélla remite a un significado más relacionado con la subsistencia económica que con la autonomía personal».

objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas<sup>132</sup>.

Cualquier forma que se utilice para definir la situación de dependencia pone de manifiesto que se trata de una situación de carencia, más personal que económica, materializada en la necesidad de una asistencia, servicio, prestación personal o ayuda, imprescindible para poder realizar las actividades, corrientes pero esenciales, de la vida diaria; tales como asearse, comer, beber, vestirse, desplazarse, entre otras. Dicho en otros términos, se trata de una situación en la que el sujeto no es capaz, en mayor o menor grado, de gestionar su propia vida diaria y su entorno más inmediato en los aspectos más básicos y habituales<sup>133</sup>.

## 5.2.- Valoración de la situación de dependencia

La calificación del grado de dependencia es un aspecto básico dentro del Sistema, ya que determina la existencia mínima de la misma y su intensidad, así como las necesidades que se pueden presentar tales como la calificación y graduación de la incapacidad permanente<sup>134</sup>, en la modalidad contributiva; y las situaciones de dependencia en la modalidad no contributiva de las pensiones y/o en las asignaciones familiares. Prestaciones, como ya se sabe, se encuentran reguladas por el sistema protector español desde hace ya unas décadas.

La dependencia se clasificará, según lo dispuesto en el artículo 26.1 de la LPAP, en los siguientes grados:

- a) **Dependencia moderada (Grado I):** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias

---

<sup>132</sup> Art. 2.3 de la LPAP.

<sup>133</sup> Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La protección social de las situaciones de dependencia», op. cit., págs. 117 y ss.

<sup>134</sup> De conformidad con las previsiones del artículo 143 de la LGSS, desarrollado por el Real Decreto 1300/1995, de 23 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, complementado por la Orden del entonces MTAS, de 18 de enero de 1996.

actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

- b) Dependencia severa (Grado II): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, de dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- c) Gran dependencia (Grado III): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Por consiguiente, la dependencia se gradúa en función de la mayor o menor necesidad de la ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria o en el supuesto de las personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual, de apoyo para la autonomía personal. Cada uno de los grados de dependencia, antes expuestos, se ha de clasificar en dos niveles, uno, en base a la autonomía de las personas y la intensidad del cuidado que requiere; el otro, en el grado y los niveles de dependencia. A efectos de su valoración, se ha de determinar por los distintos órganos de valoración que establezcan los diferentes Entes públicos territoriales, no obstante, el Consejo Territorial del SAAD acordará ciertos criterios comunes en relación a la composición y actuación de aquéllos que, a todo evento, han de tener un carácter público.

A la hora de determinar el grado de la dependencia y los respectivos niveles ha de aplicarse el baremo que se acuerde en el Consejo Territorial del SAAD para su posterior aprobación por el Gobierno a través de Real Decreto, mismo que deberá contener las siguientes particularidades: a) Los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, la capacidad para realizar actividades de la vida diaria y los intervalos de puntuación para cada

uno de los grados y niveles de dependencia, al igual que, el protocolo con sus respectivos procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes; b) La valoración de la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental; y, c) La valoración se deberá llevar a cabo teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y, considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas por el sujeto responsable.

En este sentido, aquel Baremo, entre sus referentes, deberá tomar en consideración la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) adoptada por la OMS, mediante resolución WHA, de 22 de mayo de 2001<sup>135</sup>. La CIF pertenece al grupo de clasificaciones internacionales que han sido desarrolladas por la OMS y que pueden ser utilizadas en varios aspectos de la salud, dentro de la cuales también se encuentra la CIE-10<sup>136</sup>. La CIF ha pasado de ser una clasificación de consecuencias de la enfermedad, como lo fue en su versión de 1980, a una clasificación de componentes de salud<sup>137</sup>.

En esta línea, el apartado 1 de la Disposición Final 1ª de la LPAP establece que, la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia se ejercerá progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con el siguiente calendario a partir del 1 de enero de 2007:

---

135 La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud supone una herramienta que permitirá la estandarización de los procesos de obtención de información en un campo prioritario en nuestra sociedad. GONZÁLEZ DIEGO, P., MARÍA MARTÍN MORENO, J. y JIMÉNEZ BUÑUALES, M., "La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la salud (CIF) 2001", RESP, Vol. 76, Nº 4, 2002, pág. 2.

136 Abreviaturas de la Clasificación Internacional de componentes de Enfermedades. Décima revisión.

137 La CIF ha sido publicada por el IMSERSO en el año 2005. La LIV Asamblea Mundial de la Salud aprobó la nueva clasificación, con el título Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, en la Resolución WHA54.21, del 22 de mayo de 2001, con el nuevo acrónimo: CIF, distanciándose de la anterior clasificación (CIDDM) y aproximándose al otro componente de la «familia» de clasificaciones internacionales (CIE).

- a) El primer año a quienes sean valorados en el Grado III de Gran Dependencia, niveles 2 y 1.
- b) En el segundo y tercer año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2.
- c) En el tercero y cuarto año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 1.
- d) El quinto y sexto año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 2.
- e) El séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

El reconocimiento realizado por los órganos de valoración de los Entes públicos territoriales para acreditar la situación de dependencia surte efecto para la declaración de minusvalía en un grado igual o superior al 75%<sup>138</sup>; asimismo, quienes tengan reconocida la pensión contributiva de gran invalidez<sup>139</sup> o la necesidad de asistencia de tercera persona<sup>140</sup>, pasan de forma automática a serles acreditado el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el reglamento a que hace referencia la Ley.

En este sentido, el Gobierno ha redactado el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia<sup>141</sup>, por el que establece el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años.

El baremo que establece el Anexo I de ésta norma determina los criterios objetivos para la valoración del grado de autonomía de las personas, en orden a la capacidad para realizar las tareas básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión a este respecto para personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. Asimismo, posibilita la efectividad del reconocimiento de la situación de dependencia de quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de ayuda de tercera persona.

A estos efectos, a las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo, garantizándoles, en todo caso, el grado I de dependencia moderada, nivel I. Asimismo, a las personas que tengan reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona, determinado según el baremo del Anexo II del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía<sup>142</sup>, se les reconocerá el grado y nivel que les corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con los siguiente datos:

- a) De 15 a 29 puntos: Grado I de dependencia, nivel 2.
- b) De 30 a 44 puntos: Grado II de dependencia, nivel 2.
- c) De 45 a 72 puntos: Grado III de dependencia, nivel 2.

Las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona<sup>143</sup>, continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada, en tanto no les sea reconocido el grado y nivel de de-

---

<sup>138</sup> Vid. Art. 182 bis de la LGSS.

<sup>139</sup> Regulado en el art. 139.4 de la LGSS.

<sup>140</sup> Regulado en la Ley 13/1992, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y declarado subsistente por la Disposición Transitoria 11ª de la LGSS, para quienes venían percibiéndolo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

<sup>141</sup> BOE nº 96, de 21 de abril de 2007.

---

<sup>142</sup> BOE nº 22, de 26 de enero de 2000.

<sup>143</sup> Anexo que ha quedado derogado de conformidad con la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia

pendencia que le corresponda conforme al presente baremo.

El Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia grave y de gran dependencia, de la siguiente manera:

- a) Dependencia moderada (Grado I): Se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.
- b) Dependencia severa (Grado II): Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.
- c) Gran dependencia (Grado III): Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos.

Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la LPAP. El cual es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

En este sentido, el legislador ha dispuesto que, transcurrido el primer año de aplicación del actual baremo de valoración de la situación de dependencia, el Consejo Territorial del SAAD realizará una evaluación de los resultados obtenidos y propondrá las modificaciones que, en su caso, estime procedentes. En este orden de ideas, el Consejo Territorial del SAAD dicta la Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia<sup>144</sup>, los baremos establecen los criterios para la valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las diferentes actividades de la vida diaria, así como el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso.

No obstante, quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine a través de la aplicación del IVD, el cual garantiza, en todo caso, el Grado I Dependencia moderada, nivel 1. Asimismo, quienes tengan reconocido la necesidad de asistencia de tercera persona según el Anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia. El establecimiento del grado de baremo se realizará en función de la puntuación específica otorgada en el baremo ATP.

Con el fin de hacer efectivas las prestaciones reconocidas a la persona en situación de dependencia, los servicios sociales competentes del sistema público establecerán, previa opinión del beneficiario, de su familia o, en su caso, de las entidades tutelares que los representen, y de la elección entre las alternativas propuestas, un Programa Individual de Atención en el que determinará los servicios y las modalidades de intervención más convenientes a sus necesidades, teniendo en cuenta la valoración realizada y el grado y nivel de dependencia reconocido. En este sentido, juega un papel fundamental los cuidadores no profesionales, ya que la LPAP prevé la posibilidad de que, con carácter excepcional y siempre que el beneficiario esté atendido en el entorno familiar, por darse las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, estableciéndolo así en el mencionado Programa, el reconocimiento de una prestación económica para cuidados familiares. Si bien el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización que determinará el Gobierno para las condiciones de incorporación de los cuidadores no profesionales en el Régimen de Seguridad Social que corresponda<sup>145</sup>. Así como, la promoción de acciones de apoyo a los mismos, dentro de las cuales se habrá de incorporar programas de formación, información y medidas para atender períodos de descanso. Asimismo, se establece la figura

144 BOE nº 136, de 7 de junio de 2007.

145 Al igual el Gobierno establecerá los requisitos y procedimientos de afiliación, alta y cotización. Disposición Adicional 4ª de la LPAP.

del asistente personal, como servicio de apoyo profesional, con la finalidad de promover la autonomía personal, dentro de un concepto amplio e accesibilidad y de ayudas técnicas.

Dicho Programa podrá ser revisado a instancia del interesado y sus representantes legales, al igual que, de oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa del Ente público territorial o, en su caso, con ocasión de residencia del beneficiario a otra Comunidad Autónoma<sup>146</sup>. Sin embargo, sería productivo y aconsejable prever, de manera subsidiaria, que la iniciación de oficio del procedimiento se active a partir del informe expedido por los servicios sociales, en el supuesto que una persona no se encuentre incapacitada y no cuente con representante, carezca de capacidad para gobernarse por sí misma<sup>147</sup>, sin perjuicio, claro está, de los derechos señalados en el artículo 3 de la LPAP, es decir, de los principios del SAAD.

Por último, cabe recordar, sin embargo, que lo mismo que sucede en las declaraciones de la situación de incapacidad permanente –en relación a las pensiones contributivas, o de la discapacidad en materia de prestaciones no contributivas– el grado de nivel de dependencia tendrá que ser objeto de revisión cuando se haya producido una mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia o, en su caso, en un error de diagnóstico o en la mal aplicación del correspondiente baremo<sup>148</sup>, tal como lo señala el artículo 30.1 de la LPAP.

### 5.3.- Los titulares de derechos a la cobertura de la dependencia

De conformidad con el artículo 5 de la LPAP, son titulares de los derechos a la cobertura de la dependencia: los españoles, extranjeros comunitarios, extranjeros extracomunitarios, emigrantes españoles retornados, y españoles en el exterior. En relación a

los españoles sólo tendrán derechos a la cobertura de la dependencia aquellos que cumplan los siguientes requisitos: a) encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos; y, b) residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán haber sido inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud<sup>149</sup>. En el supuesto de los menores de cinco años, el periodo de residencia se exige respecto de quienes ejerzan su guarda y custodia. Al contrastar dichos requisitos con el principio de universalidad del SAAD, al que ya se ha hecho referencia en este estudio, que se cobija en el artículo 3.1 de la LPAP, se induce que éste no es absoluto, ya que existirán personas en situación de dependencia que, residiendo en territorio español, no tengan derecho a prestaciones<sup>150</sup>.

La mencionada norma establece una diferencia entre las personas con más de 3 años, en relación a las que tienen menos edad, dado que a las primeras se les aplican los derechos, obligaciones y prestaciones contenidas en la LPAP; mientras que, a los menores de 3 años se integrarán en los diferentes niveles, con la particularidad de que, en el seno del Consejo Territorial del SAAD, procederán a la adopción de un plan integral de atención para este colectivo, en el que se deberán contemplar un conjunto de medidas que adoptarán los diferentes Entes públicos territoriales, en orden a facilitar la atención temprana y la rehabilitación de las capacidades físicas, intelectuales y mentales del menor, todo de conformidad con lo señalado en la Disposición Adicional 13ª de la LPAP.

En relación a las personas que carezcan de la nacionalidad española, junto al cumplimiento de los requisitos relativos a la situación de dependencia y la residencia, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su inte-

---

<sup>146</sup> Art. 29.2 de la LPAP.

<sup>147</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J., "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", en AA.VV., *La economía de la Sociedad Social, Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, op. cit., pág. 524.

<sup>148</sup> Cfr. RUANO ALBERTOS, S., "Cuestiones procedimentales y procesales en torno a la revisión por las entidades gestoras y servicios comunes de sus actos declarativos de derechos", *Tribuna Social*, N° 173, 2005, págs. 45 – 56.

---

<sup>149</sup> Lapsos de período que coincide con lo señalado en el art. 145 de la LGSS para acceder a las pensiones en su modalidad no contributiva.

<sup>150</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", op. cit., pág. 28.

gración social (LDE)<sup>151</sup>, a los Tratados internacionales y a los convenios que se establezcan con el país de origen, según lo señalado en el artículo 5.2 de la LPAP. De tal manera, queda facultado el Gobierno para establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España<sup>152</sup>.

Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las leyes del menor que se encuentren vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, aunado a lo dispuesto en los tratados internacionales<sup>153</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles que les corresponden por el solo hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento<sup>154</sup>.

Respecto a los emigrantes españoles retornados, la LPAP prevé que el Gobierno, previo acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, apruebe las condiciones de acceso al SAAD. En este sentido, se aplicará a lo dispuesto en el artículo 7 de la LGSS, en tanto no cumplan el requisito de residencia, en lo que se establecerán mecanismos protectores similares a los que, en sustitución de las pensiones no contributivas, se han recogido en el marco de las prestaciones asistenciales de carácter económico a favor de los españoles retornados, en tanto no acrediten los periodos de residencia a los que, entre otros requisitos, se condicionan las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva<sup>155</sup>.

<sup>151</sup>

BOE nº 10, de 12 de enero de 2000. La LDE es desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE nº 6, de 07 de enero de 2005. Una revisión de los aspectos sociolaborales agrupados en esta normativa.

<sup>152</sup>

De igual manera, se baraja esta posibilidad, en lo dispuesto en el art. 7 de la LGSS.

<sup>153</sup>

Vid. KAHALE CARRILLO, D., "La prestación sanitaria a los extranjeros en España", Derecho y Salud, Nº 15, 2007, págs. 99 – 115.

<sup>154</sup>

STC 141/2000, de 29 de mayo.

<sup>155</sup>

Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Nº 64, 2006, págs. 115 – 133.

En este sentido, el legislador ha dispuesto que las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados, no cumplan el requisito haber residido en territorio español, establecido en el artículo 5.1 c) de la LPAP, podrán acceder a prestaciones asistenciales con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas reguladas en la misma. Por el que se deberá cumplir ciertos requisitos o condiciones:

a) A la Comunidad Autónoma de residencia del emigrante retornado le corresponderá la valoración de la situación de dependencia, el reconocimiento del derecho, en su caso, y la prestación del servicio o pago de la prestación económica que se determine en el programa individual de atención.

b) El coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma, en la forma establecida en la LPAP.

c) El emigrante español retornado participará, según su capacidad económica, en la financiación de las mismas, que será también tenida en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas.

d) Las prestaciones se reconocerán siempre a instancia de los emigrantes españoles retornados y se extinguirán, en todo caso, cuando el beneficiario, por cumplir el período exigido de residencia en territorio español, pueda acceder a las prestaciones del SAAD.

En relación a los ciudadanos españoles en el exterior, el artículo 20 de la Ley 40/2006, de 14 de Diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior<sup>156</sup>, señala la previsión que tendrán los Poderes Públicos para articular medidas específicas que propicien una mejor atención a las personas en situación de dependencia, mediante dos líneas de acción. Por una parte, el apoyo económico a aquellos centros y asociaciones de españoles en el exterior y retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Por otra,

<sup>156</sup>

BOE nº 299, de 14 de diciembre de 2006.

implementando medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico, encaminadas a la consecución del bienestar integral de la ciudadanía española en el exterior en situación de necesidad, en aras de alcanzar la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En este sentido, la LPAP suscita varias interrogantes en relación con su aplicación en el ámbito de las normas internacionales de Seguridad Social, especialmente las relacionadas con la Unión Europea (UE)<sup>157</sup>. La primera disyuntiva que se plantea es el de la posible inclusión de las prestaciones de cobertura de las situaciones de dependencia en el ámbito de aplicación material del Reglamento CEE 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad<sup>158</sup>, texto que es reemplazado por el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29/4/04, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Se incluye el tema de las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional<sup>159</sup>, teniendo en cuenta que para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la diferencia entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del prenombrado Reglamento y prestaciones incluidas en él, se basa básicamente en los elementos constitutivos de cada prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación de ámbito nacional. Por esta razón, de reunir la legislación en relación a la cobertura de la dependencia las condiciones determinantes para su inclusión material en el ámbito de los reglamentos comunitarios de coordinación de las legislaciones de la Seguridad Social, la consecuencia más inmediata sería la aplicación del principio de trato, recogido en el artículo 3 de dicho Reglamento y la exportación de aquéllas prestaciones, aunque el beneficiario de

las mismas cambiase su residencia a otro Estado distinto a aquel que ha de soportar las mismas<sup>160</sup>.

No obstante, el TJCE ha pronunciado distintas sentencias en relación con las prestaciones que podrían tener cierta similitud con las previstas en la LPAP, y en todas ellas, a juicio del juzgador comunitario, considera incluidas las prestaciones del sistema de cuidados dentro de las prestaciones de enfermedad, independientemente que las prestaciones en litigio hubiesen sido calificadas como prestaciones mixtas o no, que estuviesen a cargo del sistema de protección regional, en vez del estatal. Asimismo, reitera que no es suficiente la mención a una prestación determinada, dentro del Anexo II del Reglamento 1408/71, para determinar que, en ningún supuesto, se la aplica dicho texto normativo, dado que tal disposición ha de ser interpretada de manera que contribuya al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes<sup>161</sup>. En función de este razonamiento, una determinada prestación puede ser considerada como prestación de Seguridad Social, en la medida en que se conceda a sus beneficiarios, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se dirija a alguno de los riesgos señalados en el artículo 4, apartado 1, del prenombrado Reglamento. Recientemente, el juzgador comunitario incluyó entre las prestaciones del actual Reglamento 883/2004, a las de dependencia<sup>162</sup>. Lo que implicaría que en los años de residencia exigidos para ser titular de los derechos del SAAD hubieran

157 Vid. ARGÜELLES BLANCO, A. Y MIRANDA BOTO, J., "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia laboral y de Seguridad Social del año 2001", *Aranzadi Social*, N3, 2002, págs. 455 – 482.

158 *Diario Oficial L 74*, de 27 de marzo de 1972.

159 *Diario Oficial L 166*, de 30 de abril de 2004.

160 PANIZO ROBLES, J., "La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)", *op. cit.*, pág. 83.

161 *Objetivo que no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, en particular cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que aquellos pagaron. STJCE de 25 de febrero de 1986, asunto 284/84 Spruyt.*

162 STSJCE de 21 de febrero de 2006 (C-286-03).

de computarse en otro Estado de la Unión Europea<sup>163</sup>.

Dicho en otros términos, las prestaciones concedidas de modo objetivo, en función de una situación legalmente definida, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas en situación de dependencia, están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad y deben ser consideradas prestaciones de enfermedad. No obstante, las únicas prestaciones especiales y no exportables son las que se dirigen a prevenir la pobreza y proteger a las personas con discapacidad y que tienen una relación estrecha con el entorno social y económico del Estado miembro<sup>164</sup>.

A tal efecto, el juzgador comunitario, plantea el problema que puede acarrear la inclusión de la legislación sobre cobertura de la dependencia en el ámbito de aplicación del aludido Reglamento, dado que, la concesión de las prestaciones deberán realizarse en un marco de igualdad en relación a las personas nacionales y no nacionales a las que se les aplican los Reglamentos Comunitarios, sin olvidar que, el campo de aplicación personal de aquellos se ampliaría con el nuevo Reglamento 883/04, de 29 de abril de 2004<sup>165</sup>, que ya no hace mención a colectivos concretos, sino a las «personas» que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembros. En definitiva, las prestaciones de cuidados pueden conceptuarse como prestaciones complementarias del seguro de enfermedad, con la consecuencia de que sí son prestaciones en especie, las prestaría el país de estancia o de residencia con cargo al competente, mientras que si se refiere de prestaciones en metálico, podrán ser exportables de

manera directa por la institución competente<sup>166</sup>. Sin embargo, partiendo que la financiación de éstas, al igual que su incardinación, no en el ámbito de la Seguridad Social, sino dentro de los servicios sociales, se intuye que las prestaciones del SAAD podrán calificarse como prestaciones especiales de carácter no contributivo, y quedarán incluidas en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71, y, por ende, no serían objeto de exportación, considerándolas como una «ventaja social» en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) del Consejo 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

En definitiva, los titulares de derechos a la cobertura de la dependencia, en relación al Derecho de Extranjería, desde el ingreso en la Comunidad Europea, serían los nacionales de los Estado miembros de la Unión Europea y los nacionales de terceros Estados. A los primeros, se le aplicará el régimen comunitario de libre circulación de ciudadanos y trabajadores, con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad como base; mientras que, a los segundos, se les aplica la LDE. De manera que, a los nacionales de los Estados miembros se les aplicará, en general, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derechos 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE<sup>167</sup>. En el supuesto, de tratarse de ciudadanos que han ejercido el derecho a la libre circulación de trabajadores, serán sujetos al Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

163 CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *op. cit.*, pág. 16.

164 Aunque el legislador comunitario puede adoptar disposiciones por las que se introduzcan excepciones al principio, según el cual las prestaciones de Seguridad Social son exportables, dichas excepciones deberán interpretarse en el sentido estricto. Vid. SSTSJCE de 5 de marzo de 1998, asunto 0-160/96 (Molenaar); 0-215/99 (Jaunch); y, de 16 de julio de 1992, C-78/91 (Hughes).

165 Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, DO L 166 de 30.4.2004.

166 PANIZO ROBLES, J., "La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)", *op. cit.*, págs. 84 – 85.

167 DOCE L 158, de 30 de abril, y corrección de errores en el DOCE L 229, de 29 de junio.

#### 5.4.- Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia

El artículo 4 de la LPAP cubre el abanico de derechos que tienen las personas en situación de dependencia, así como a sus cuidadores, si bien, paralelamente, establece los deberes que en su correspondencia pesan sobre aquellos. Estos derechos se encuentran agrupados en trece grandes líneas. La literalidad del aquél precepto, permite determinar que el fin de la LPAP no es establecer un listado de derechos taxativos, dado que las personas en situación de dependencia también disfrutarán de todos los derechos establecidos en el Derecho Positivo español; lo que, sin duda, los Entes autonómicos territoriales pueden contemplar este abanico de derechos en la medida en que no contradigan lo dispuesto en la aludida Ley.

En fin, los derechos a que tienen las personas en situación de dependencia se agrupan de la siguiente manera:

- a) Acceder en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en la Ley.
- b) Al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.
- c) A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.
- d) A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.
- e) A la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos<sup>168</sup>.
- f) A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- g) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- h) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
- i) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.
- j) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.
- k) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa al derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en la LPAP.
- l) A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.
- m) A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual. En este sentido, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>169</sup>, recogió los nuevos enfoques y estrategias operadas en la manera de entender la discapacidad, definiendo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad como la ausencia de discriminaciones y la adopción de medidas de acción positivas. De igual manera, dicha Ley obliga a los Poderes Públicos a adoptar medidas contra la discriminación para hacer efectiva la prohibición del acoso, las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, y medidas de acción positiva destinadas a compensar las especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad para su plena participación en la vida social. Medidas como las prestaciones económicas, ayudas técnicas, servicios de asistencia personal y servicios especializados.

---

<sup>168</sup> De acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE nº 298, de diciembre de 1999.

---

<sup>169</sup> BOE nº 289, de 03 de diciembre de 2003.

En relación a las obligaciones que tienen las personas en situación de dependencia y, en su caso, los familiares o los centros de asistencia, deberán, entre otros:

- a) Suministrar toda la información y datos que le sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración del grado y del nivel de dependencia.
- b) Comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban.
- c) Aplicar las prestaciones económicas que perciban a las finalidades para las que fueron otorgadas.
- d) Cumplir cualquier otra obligación prevista en el Derecho positivo español.

## **VI.- PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA**

La protección de las consecuencias de la dependencia ha sido objeto de análisis en el marco de las diferentes organizaciones internacionales, en cuyo seno se han llevado a cabo acciones tendentes a favorecer una mejor garantía de esta cobertura social. De este modo, la igualdad de toda persona ante la ley y la protección contra la discriminación es un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sin olvidar, a las Naciones Unidas y sus organismos especializados, como la OIT, UNESCO y OMS, y, otras organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa, que establecen en sus textos de manera clara que los derechos humanos son conferidos a todas las personas y deben poder ejercerse efectivamente sin distinción de ningún tipo.

En este sentido, las diferentes organizaciones internacionales recomiendan que, la atención a las personas en situación de dependencia debe orientarse a que las mismas lleven una existencia autónoma en

su medio habitual todo el tiempo que deseen y sea posible; que reciban un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social; y, en la medida que sea factible, participen en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, principios que condicionan el conjunto de servicios y prestaciones que deban establecerse y la financiación de estos.

El Capítulo II de la LPAP se encarga de delimitar el alcance objetivo de la protección ofrecida por el SAAD, a través de los artículos 13 al 25, el legislador, en este sentido, dedica a regular las diferentes cuestiones relacionadas con las modalidades de prestación para hacer efectiva la protección. De manera que, la fijación de las prestaciones para hacer frente a las situaciones de dependencia depende de los objetivos que quieran alcanzar con ellas. Por ello, el artículo 13 de la LPAP, enuncia dichos objetivos estableciendo que éstos son «facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible», y «proporcionar un trato digno en todo los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad». Y al contrastarlo, con el artículo 3.a) e i) de la misma norma legal, aquéllos se integran como prestaciones de carácter público y tratarán de satisfacerse, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida<sup>170</sup>.

No obstante, las prestaciones y servicios del SAAD se acoplaran en función de los diferentes niveles de protección a los que alude el artículo 7 de la LPAP, distinguiendo tres niveles:

- a) Nivel mínimo: Establecido por la Administración General del Estado y garantizado para cada uno de los beneficiarios, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía de la persona y atención a las situaciones de dependencia. La financiación de este nivel corre por cuenta de la Administración General del Estado, quien

---

<sup>170</sup> En este sentido, lo hace saber la Recomendación n° (98) 9, del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de ministros el 18 de septiembre de 1998, al señalar que los Poderes Públicos deberán esforzarse por procurar y priorizar la permanencia en su domicilio de las personas dependientes.

fijará de manera anual los recursos económicos correspondientes en el marco de la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

- b) Nivel intermedio: Acordado entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, dentro de los principios de cooperación entre ambas. El marco de cooperación se articulará a través de los convenios oportunos entre la Administración General del Estado y los respectivos Entes público territoriales, en los que han de recogerse los objetivos, medio y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones que incrementen el nivel mínimo de cobertura, así como la financiación que corresponda a cada una de las Administraciones dentro de dicho nivel. Sin embargo, el Consejo Territorial del SAAD establecerá los criterios para la determinación de la intensidad de protección de cada uno de los servicios, así como la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos.
- c) Nivel adicional: Organizado y financiado libremente por la Comunidad Autónoma respectiva. No obstante, la excepción recae en las Ciudades de Ceuta y Melilla, que suscribirán convenios con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre centros y servicios de atención a la dependencia.

En todo caso, las prestaciones ofertadas por el SAAD son de diferente naturaleza, distinguiéndose entre servicios y prestaciones económicas, y ayudas para la financiación de necesidades específicas. Estas últimas destinadas a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, que serán coordinados entre los servicios sociales y los servicios sanitarios<sup>171</sup>.

---

171 Vid. FANTOVA AZCOAGA, F., "La coordinación estructural de la asistencia sanitaria y de los servicios sociales", *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, Nº 1, 2006, págs. 12 – 22.

De lo anterior, se desprende que la LPAP establece un modelo jerarquizado de prestaciones, otorgando prioridad a los servicios, los cuales deberán prestarse mediante la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas a través de centros y servicios públicos o privados concertados y debidamente acreditados. En el supuesto, de no poder llevarse a cabo la atención mediante dichos servicios, se concederá una prestación económica finalista, destinada a la cobertura de los gastos derivados de la adquisición por parte de la persona en situación de dependencia, en el mercado, del servicio previsto en el Programa Individual de Atención, mismo que deberá ser prestado por una entidad o centro acreditado para tal fin. Cabe resaltar que, las entidades privadas que aspiren a gestionar, mediante la vía del concierto, prestaciones o servicios del SAAD, deben acreditar con carácter previo, siempre que resulten obligadas a ello, el cumplimiento de la cuota de reserva para personas con discapacidad o, en su defecto, haber establecido las medidas de carácter excepcional establecidas en el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos<sup>172</sup>, y señaladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad<sup>173</sup>, al reservar el 2% de su plantilla para que sea ocupada por personas con discapacidad.

Asimismo, el sujeto beneficiario puede de manera excepcional recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares, siempre y cuando se den las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda y, así, lo proponga su Programa Individual de Atención<sup>174</sup>, no obstante, también puede recibir una prestación eco-

---

172 BOE nº 103, de 30 de abril de 1982.

173 BOE nº 94, de 20 de abril de 2005.

174 Un sector de la doctrina es de la opinión que, puede «chocar la atribución de este carácter excepcional a la prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares en un país como el nuestro donde éste es el sistema generalizado de cuidados, con una gran demanda de ayudas. También se ha dicho que esa solución no se compadece con el objetivo, afirmado en la propia norma, de mantenimiento del dependiente en su entorno habitual». CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *op. cit.*, pág. 35.

nómica de asistencia personal. En todo caso, la prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada en función del grado y nivel de dependencia, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del beneficiario. Independientemente que no esté configurada en su totalidad la red de servicios, los sujetos dependientes que no puedan acceder a los servicios, por aplicación del régimen de prioridad, tendrán derecho a la prestación económica relacionada al servicio.

### **6.1.- Los servicios de atención a la dependencia**

Los servicios de atención a la dependencia los comprende el Catálogo de servicios a que hace referencia el artículo 15 de la LPAP. Sin embargo, el término de «servicios» debe entenderse a prestaciones técnicas o materiales, que se conformen en obligaciones de hacer o de facilitar las atenciones y cuidados en especie<sup>175</sup>. Concretamente, los servicios que ofrece la Ley son los siguientes:

a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal. Tienen como finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades y de las secuelas que se produzcan, a través del desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, y programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se vean afectados por procesos de hospitalización complejos. Con este objetivo, y conforme a las previsiones del artículo 21 de la LPAP, el Consejo Territorial del SAAD acordará los criterios, las recomendaciones y las condiciones mínimas que deberán cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren los Entes públicos territoriales, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores.

Las personas en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos, recibirán servicios de prevención con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, inclu-

yendo esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial. No obstante, los Planes de Prevención para prevenir la aparición de las situaciones de dependencia y su agravamiento, elaborados por las respectivas Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia, determinarán las intensidades de los servicios de prevención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su correspondiente ámbito territorial. Sin embargo, los servicios de promoción de la autonomía personal tienen por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria. En este sentido, son servicios de promoción para la autonomía personal los de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los de habilitación, los de terapia ocupacional así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad. La intensidad de este servicio se adecuará a las necesidades personales de promoción de la autonomía, a la infraestructura de los recursos existentes y a las normas que se establezcan por las correspondientes Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia.

b) Servicio de Teleasistencia. Este servicio facilita la asistencia a los beneficiarios a través del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, aislamiento y soledad, y con el fin de favorecer la permanencia de los usuarios en su medio habitual. Puede constituirse como un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio. El servicio de teleasistencia, a su vez, se prestará a las personas que no reciban servicios de atención residencial y así lo recomiende su Programa Individual de Atención, en las condiciones establecidas por cada Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia.

---

<sup>175</sup> DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, op. cit., págs. 142 – 146.

En términos generales, la teleasistencia se maneja a través de la tecnología, en el que se utiliza un terminal que se encuentra en el domicilio de la persona que es usuaria de este servicio. El cual consiste en un dispositivo que aquélla lleva sobre sí, y que, al pulsarlo, desencadena una señal de alarma identificable en la central de escucha, donde, de manera automática, se muestra en el ordenador del operador los datos identificables y relevantes del usuario. Inmediatamente, se produce el contacto telefónico con aquél para detectar la causa de la llamada y buscar la solución más pertinente, incluyendo, si el caso lo requiere, el envío de ayuda urgente al domicilio de donde proviene la señal de alarma<sup>176</sup>.

c) Servicio de Ayuda a domicilio. Se ha definido como un programa individualizado, de carácter preventivo y rehabilitador, en el que se articula un conjunto de servicios y técnicas de intervención profesionales consistentes en atención personal, doméstica, de apoyo psicosocial y familiar y relaciones con el entorno, prestados en el domicilio de una persona mayor dependiente en algún grado<sup>177</sup>. Generalmente, lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el propósito de atender sus necesidades de la vida diaria, facilitadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función, comprendiendo los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar, tales como limpieza, lavado, cocina, entre otros. Es decir, la atención a las necesidades del hogar, y los servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria, lo que significa la atención a los cuidados personales.

En otras palabras, el servicio de Ayuda a domicilio lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria e incrementar su autonomía,

posibilitando la permanencia en su domicilio el mayor tiempo posible. Los objetivos que persigue este Servicio es el de facilitar la autonomía de sus usuarios, conseguir cambios conductuales que mejoren la calidad de vida, fomentar hábitos saludables, aumentar la seguridad personal, potenciar las relaciones sociales, lograr la permanencia en su medio habitual de vida en condiciones de dignidad, y evitar la institucionalización innecesaria.

Para determinar la intensidad del servicio de Ayuda a domicilio se utilizará el término horas de atención. La hora se refiere al módulo asistencial de carácter unitario, cuyo contenido prestacional se traduce en una intervención de atención personal al beneficiario. La intensidad del servicio de Ayuda a domicilio estará en función del programa individual de atención y se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales, mediante intervalos según grado y nivel de dependencia. En este sentido, se entiende por servicios asistenciales los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria, así como los que tienen como finalidad la promoción de su autonomía personal. El transporte adaptado deberá garantizarse cuando por las condiciones de movilidad de la persona sea necesario para la asistencia al centro de día o de noche.

d) Servicio de Centro de Día y de Noche. Este servicio ofrece una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mantener o mejorar el mejor nivel posible de autonomía personal, y, a su vez, apoyar a las familias o cuidadores, en su caso. En particular, cubre desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de prevención asesoramiento, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal. En términos generales, los Centros de Día se definen como el servicio sociosanitario y de apoyo familiar que ofrece durante el día atención a las necesidades personales básicas, terapéuticas y socioculturales de personas mayores afectadas por diferentes grados de dependencia, promoviendo su auto-

---

<sup>176</sup> Vid. IMSERSO, *El programa de teleasistencia domiciliaria Inseso/Fem, MTAS, Madrid, 1997.*

<sup>177</sup> RODRÍGUEZ, P., "La programación del Servicio de Ayuda a Domicilio", en AA.VV., *El Servicio de Ayuda a Domicilio. Programación del Servicio. Manual de formación para auxiliares, Serie Gerontología Social de la SEGG, De. Panamericana, Barcelona, 1997.*

nomía y la permanencia en su entorno habitual<sup>178</sup>, es decir, ofrece atención especializada a las personas declaradas en situación de dependencia. El objetivo general de dicho Centro es el de favorecer unas condiciones de vida dignas entre las personas mayores en situación de dependencia y sus familiares, facilitando la continuidad en sus modos de vida y el logro de un mayor nivel de autonomía. Los Centros de Noche tienen por finalidad dar respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia que precise atención durante la noche, y los servicios se ajustarán a las necesidades específicas de los beneficiarios atendidos.

La tipología de centros que agrupa, se clasifican en: Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores, Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen, y Centros de Noche. Todos estos se deberán adecuar a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia. La intensidad del servicio de Centro de Día o de Noche estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su programa individual de atención. Las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia, determinarán los servicios y programas y otras actividades de los centros para cada grado y nivel de dependencia.

e) Servicio de Atención Residencial. Comprende servicios continuados de carácter personal y sanitario. El cual se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado e intensidad de cuidados que requiera el sujeto en situación de dependencia. La prestación de este servicio puede ser de dos modalidades: 1) De carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona; y, 2) De carácter temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales. Dichos servicios pueden ser prestados por las Administra-

ciones Públicas en centros propios y concertados. Distinguiéndose, a tal efecto, los servicios residenciales de personas mayores en situación de dependencia y los centros de atención a personas en situación de dependencia en función de los diferentes tipos de discapacidad. En este sentido, se considera a la residencia como un centro gerontológico abierto de desarrollo personal y atención sociosanitaria multiprofesional en el que viven temporal o permanentemente personas mayores con algún grado de dependencia. El servicio de Atención Residencial ajustará los servicios y programas de intervención a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas.

En relación al programa de carácter temporal, posibilita la estancia en un centro residencial durante un período generalmente no superior a sesenta días a aquellas personas mayores de sesenta y cinco años que se encuentran, bien ellas mismas o las familias con quienes conviven, en algún estado eventual de necesidad, susceptible de solución o mejora mediante el acceso a este recurso. Es un servicio que también sirve de apoyo familiar, al igual que el de centro de día, al cumplir una importante función de alivio para los cuidadores, favoreciendo así la permanencia de la persona mayor en el entorno familiar y, en consecuencia, evitando la institucionalización definitiva. La intensidad del servicio de Atención Residencial estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su programa individual de atención. Las Comunidades Autónomas o la Administración que, en su caso, tenga la competencia determinarán los servicios y programas de los centros para cada grado y nivel de dependencia. No obstante, el servicio de estancias temporales en centro residencial estará en función de la disponibilidad de plazas del SAAD en cada Comunidad Autónoma y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

El legislador ha querido establecer un régimen de incompatibilidades entre los servicios del Catálogo, el cual el servicio de Atención Residencial permanente será incompatible con el servicio de Teleasistencia, con el servicio de Ayuda a Domicilio y con el Centro de Noche. Mientras que, en los demás ser-

<sup>178</sup> SANCHO CASTIELLO, T., *Centro de día. Conceptualización, en INSERSO: Centros de día para personas mayores dependientes, Guía práctica, Madrid, INSERSO, 1996.*

vicios se estará a lo dispuesto en la normativa de las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia.

El consejo Territorial del SAAD es el órgano competente para acordar la intensidad básica de protección de cada uno de los servicios señalados en el Catálogo y la compatibilidad e incompatibilidad entre aquéllos, para su aprobación por el Gobierno a través de Real Decreto. No obstante, dicha intensidad podrá ser aplicada por las Administraciones Autonómicas y Locales, por iniciativa propia y con cargo a sus respectivos presupuestos. En este sentido, nace el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>179</sup>, que tiene por objeto aprobar los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo de servicios antes expuesto, así como la cuantía de las prestaciones económicas, y la regulación de los supuestos de desplazamientos entre las Comunidades Autónomas y la protección de los emigrantes españoles retornados.

En relación al procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD, la Administración autonómica correspondiente reconocerá la situación de dependencia, y determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia, al contrastar éstos datos se observa que, en los Grados III y II. Nivel 1 y 2, tienen los mismos servicios y prestaciones, con la única diferencia que las personas en situación de dependencia en el Grado II. Nivel 1 y 2. Dependencia severa, no se beneficiarán de la prestación económica de asistencia personal.

No obstante, se ha criticado la LPAP por no contemplar otros servicios alternativos al de las residencias, como las unidades de convivencia, el aco-

gimimiento familiar y las viviendas tuteladas<sup>180</sup>. Al igual que, no haya agrupado a los hospitales de media y larga estancia señalados en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios<sup>181</sup>.

Cabe destacar que, las prestaciones y servicios recogidos en la LPAP se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por los centros públicos de los Entes públicos territoriales, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados. En relación a los centros privados concertados, las Comunidades Autónomas establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación, el cual se tendrá en cuenta de manera especial los correspondientes al Tercer sector. En cuanto a los centros privados no concertados, deberán contar con la debida acreditación de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito geográfico se localicen o ejerzan su actividad. Sin embargo, los Poderes Públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, mediante la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del Tercer sector. No obstante, se han dado voces en señalar que, la literalidad del artículo 16 de la LPAP es «perturbadora», ya que puede incidir a confusión en relación a la genuina configuración de la Red de Servicios del SAAD. La inclusión de una Disposición Adicional habría sido conveniente para ésta, por lo demás, inobjetable previsión<sup>182</sup>.

---

180 CABEZA PEREIRO, J., "Cuestiones sobre el seguro de dependencia", en AA.VV., *La economía de la Sociedad Social, Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, op. cit., pág. 516. CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", op. cit., pág. 39.

181 BOE nº 254, de 23 de octubre de 2003.

182 CAVAS MARTÍNEZ, F., "Aspectos fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", op. cit., pág. 40.

---

179 BOE nº 138, de 9 de junio de 2007.

## 6.2.- Prestaciones económicas

Las personas en situación de dependencia, como ya se ha adelantado, podrán percibir las prestaciones económicas de manera subsidiaria al acceso de los servicios de la red del SAAD, ya sean estos de titularidad pública o concertada. La cual serán otorgadas con el fin de subvencionar el coste de adquisición en el mercado de la atención que aquéllas personas precisen.

La LPAP, en la Sección II del Capítulo II, integrado en el Título I titulado «El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia», recogido en los artículos 17 al 20, establece varias prestaciones económicas, que deberán incluirse en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas<sup>183</sup>, el cual las clasifica en:

- a) Prestación económica vinculada al servicio. Este tipo de prestación tendrá un carácter periódico, y se reconocerán exclusivamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la Administración General del Estado y el correspondiente Ente público territorial. La prestación estará vinculada necesariamente a la adquisición de un servicio, sin que pueda ser dedicada a otra finalidad, correspondiéndoles a las Administraciones Públicas supervisar el destino y utilización de las mismas. Cabe advertir que, el servicio deberá prestarse a través de una entidad pública o privada, sin que exista, por ende, ninguna relación laboral entre la persona que presta el servicio y la persona en situación de dependencia, no obstante, la re-

lación sí se puede producir entre la primera y la entidad.

- b) Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. De manera excepcional, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se produzcan las condiciones de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo recomiende su Programa Individual de Atención, se puede reconocer una prestación económica para cuidados familiares. Las condiciones de acceso, no obstante, serán acordadas por el Consejo Territorial del SAAD, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. Asimismo, el Consejo Territorial del SAAD promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso.
- c) Prestación económica de asistencia personal. Tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, al igual que las actividades básicas de la vida diaria. Las condiciones específicas de acceso a la prestación serán determinadas por el propio Consejo Territorial del SAAD.

Aparte de las mencionadas prestaciones, la LPAP señala en la Disposición Adicional 3ª que, la Administración General del Estado como la correspondiente Entidad pública territorial puedan establecer acuerdos específicos para la concesión de ayudas económicas con el propósito de facilitar la autonomía personal. Dichas ayudas, no obstante, se otorgarán como subvención e irán destinadas primordialmente a apoyar a la persona con ayudas técnicas o

---

<sup>183</sup> A cuya finalidad las entidades y órganos que gestionen tales prestaciones tendrán la obligación de suministrar los correspondientes datos en relación a las prestaciones que hubiesen concedidos. Vid. Art. 30 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1994), desarrollado por el Real Decreto 397/1996, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro de Prestaciones Sociales Públicas (BOE nº 80, de 02 de abril de 1996).

instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria; y a facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda. Estas ayudas, a su vez, se basan en la Disposición Adicional 15ª del mencionado texto legal, al prever que las Administraciones Públicas, conforme al ámbito de sus propias competencias, garantizarán las condiciones de accesibilidad en los entornos, proceso y procedimientos del SAAD, en los términos señalados en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. No obstante, se han dado voces al manifestar que, las ayudas económicas familiares no garantizan la calidad de los cuidados, ni siquiera que las cantidades entregadas se dediquen a la finalidad de los cuidados, así como que las mismas suelen destinarse de forma mayoritaria a las mujeres cuidadoras, lo que dificulta su acceso o permanencia en el mundo del trabajo<sup>184</sup>.

En este sentido, la Disposición Adicional 6ª adiciona un nuevo apartado al artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo<sup>185</sup>, declarando como renta exenta la prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados familiares y la prestación económica por asistencia al apoyo a la autonomía personal. Cabe recordar, no obstante, que el 29 de noviembre de 2006, se publicó la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio<sup>186</sup>, las connotaciones al prenombrado Real Decreto han de entenderse realizadas a esta última Ley, con las excepciones, claro está, de las señaladas en la Disposición Final 1ª de la LPAP, que queda derogado por la LPAP. En otras palabras, el párrafo x) del artículo 7 de esta última Ley, declara

exentas de imposición a las prestaciones económicas públicas relacionadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada, que se derivan de la propia LPAP.

En el ámbito de la Ley 35/2006, la dependencia o la discapacidad es tenida en cuenta en las reducciones de los rendimientos de trabajo, en las deducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad, para las reducciones por aportaciones a patrimonio protegidos de las personas con discapacidad, al igual que, en la determinación de los mínimos que reducen la cuantía de la base imponible del impuesto. En este sentido, también, agrupa las previsiones específicas sobre los sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad; se prevén reglas más beneficiosas sobre disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia, al señalar que, no tiene la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años y de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia; y, los incrementos de los límites establecidos con carácter general en lo que se refiere a las aportaciones a patrimonios protegidos<sup>187</sup>.

Finalmente, el artículo 36 de la LPAP señala que, los Poderes Públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios, fomentando la colaboración entre los diferentes Entes públicos territoriales competentes en el ámbito laboral, educativo, sanitario y asuntos sociales. Así como la innovación en todos los aspectos relacionados con la calidad de vida y la atención de las personas en situación de dependencia, y la investigación en las áreas relacionadas con la dependencia en los planes de I+D+I. Asimismo, aquéllas facilitarán y apoyarán el desarrollo de normativa técnica,

---

184 SANCHO CASTIELLO, M., "Las prestaciones sociales a la dependencia: situación y necesidades", *Documentación Social*, N° 141, 2006, pág. 104.

185 BOE n° 60, de 10 de marzo de 2004.

186 BOE n° 285, de 29 de noviembre de 2006.

---

187 Disposiciones Adicionales 10ª, 15ª y 18ª de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

que aseguren la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos y servicios, en colaboración con las organizaciones de normalización y demás agentes.

## **VII.- CONCLUSIONES**

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, supone un nuevo paso en la renovación y modernización del sistema de protección social español y en la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable, el de las personas en situación de dependencia, en el que las prestaciones y servicios que el mencionado texto legal diseña existe un apoyo para su autonomía, la realización de actividades en su vida diaria y el ejercicio efectivo de sus derechos. Dicho en otros términos, la LPAP implica un cambio de sistema en la atención de las personas que tienen limitada su autonomía personal y no pueden realizar por sí mismos los actos de la vida diaria.

No cabe duda de los efectos positivos que genera esta normativa, orientada en gran medida a potenciar los instrumentos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, especialmente necesaria en materia de protección social en el que concurren competencias y funciones de diversos Poderes Públicos que han de contribuir a un objetivo de bienestar común y propio del Estado social del que forman parte. A tal efecto, el legislador creó el cuarto pilar del Estado de Bienestar a través del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con el propósito de garantizar las condiciones básicas de esa promoción, de prever los niveles de protección, y de asegurar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas, desplegando un modelo de atención integral que se origina en niveles.

No obstante, el éxito de la Ley dependerá de que se articule adecuadamente la colaboración y coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas, mediante el Consejo Territorial del SAAD, evitando desajustes, conflictos o disfunciones, para que la puesta en práctica del Sistema sea coherente y respetuosa con las competencias y responsabilidades de

uno y otros, en la persecución de unos objetivos, de autonomía personal y atención las personas en situación de dependencia tarea solidaria, común y compartida. Dicho en otros términos, la efectividad en las Comunidades Autónomas de la oferta de prestaciones y servicios garantizada por la Administración General del Estado, depende de los convenios suscritos por ésta con aquellas. Teniendo en cuenta, la competencia exclusiva en servicios sociales ejercidos por los Entes públicos territoriales y el régimen de convenio previsto para su participación en el Sistema, resulta necesario algún mecanismo que asegure su adaptación a lo dispuesto por las normas de la Administración General del Estado. Además de su condición de subvenciones, las ayudas para la financiación de necesidades específicas quedarían pendientes de la eventual voluntad política de los agentes del Sistema.

En definitiva, con el desarrollo e implantación del SAAD, se van a paliar muchas de las dificultades que hasta ahora han estado presentes en cualquier intento de protección a las personas en situación de dependencia, dificultades que, sin duda, la LPAP superará con la ayuda y el esfuerzo de todos. De momento, los apoyos institucionales que reciben las personas en situación de dependencia en los hogares son escasos y desiguales, sin que exista una evolución al fomento de este tipo de cuidado. Para un efectivo desarrollo del Sistema, se deberá dar prevalencia y fortalecer el papel de los servicios sociales. La influencia de una buena red de servicios sociales sobre los cuidados a las personas en situación de dependientes es decisiva. Por esta razón, se debe dar prioridad al desarrollo de las prestaciones de servicios, concebidos de forma plural y de calidad; con formación específica en los diferentes servicios, atendido por profesionales. Una de las principales carencias es la descoordinación que existe entre los servicios sanitarios y de asistencia social para atender integralmente a la persona en situación de dependencia, es decir, la ausencia de participación del Sistema de salud. No sólo existe descoordinación entre las instituciones sanitarias y asistenciales, sino también entre las distintas administraciones estatales, autonómicas y locales. Situación, como es lógico, deberá contribuir a paliar de manera decisiva las

Comunidades Autónomas, por ello los Entes públicos territoriales deberán apoyarse más en los muni-

cipios, aparte de dotarles, generalmente de presupuestos.

# **INTIMIDAD DE LA PERSONA Y CONFIDENCIALIDAD DE DATOS EN EL MARCO DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD. EL RESPETO A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS**

*Javier Fernández Costales*

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL DEBER EMPRESARIAL DE VIGILANCIA DE LA SALUD. III.- CONCEPTO Y CARACTERES DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD. IV.- CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD. 1.- El consentimiento del trabajador. 2.- Excepciones al carácter voluntario de la vigilancia de la salud. La obligatoriedad de los reconocimientos médicos. 2.1.- Reconocimientos para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud. 2.2.- Reconocimientos con objeto de comprobar si el estado de salud constituye un peligro para la integridad física del trabajador, sus compañeros o terceras personas. 2.3.- Reconocimientos obligatorios por disposición legal. 2.4.- La excepcionalidad del carácter voluntario en la Ley y los convenios colectivos. V.- VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS DE SALUD DEL TRABAJADOR. 1.- El derecho del trabajador a la información en materia de vigilancia de la salud. 1.1.- La información sobre el momento de realización de los reconocimientos médicos. 1.2.- La información sobre el contenido de los reconocimientos médicos y las pruebas a realizar. 1.3.- La información clara y veraz sobre los resultados de los reconocimientos y pruebas médicas. 2.- La pertinencia y proporcionalidad de las pruebas realizadas. 3.- La confidencialidad de los datos relativos a la vigilancia de la salud. 3.1.- Confidencialidad de datos y no discriminación del trabajador. 3.2.- La información del trabajador al empresario sobre su estado de salud. VI.- LA REALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS POR FACULTATIVOS CAPACITADOS. VII.- LA POSIBLE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

## **I.- INTRODUCCIÓN**

El trabajo constituye un factor de riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores. Se erige en una actividad peligrosa en tanto en cuanto se trata un proceso de transformación de bienes y servicios que

exige una interacción humana en un entorno que, ya sea directa o indirectamente, puede influir en el estado físico y en la salud. Es, por tanto, un factor de creación de daños potenciales y de riesgos que pueden plasmarse en el hecho de que el trabajador sufra un determinado daño --enfermedades, patologías o lesiones-- derivado del trabajo.

La respuesta ante tal situación es la creación de una materia multidisciplinar, la Seguridad y Salud Laborales, en la que se comprenden ramas del conocimiento como la Medicina, la Física, la Química, la Economía, la Sociología o el Derecho. Así, diversas áreas de conocimiento abarcan la materia: seguridad e higiene industrial, ergonomía, psicología, economía de la salud laboral y, dentro del marco del ordenamiento jurídico, una disciplina orientada al estudio y creación de soluciones orientadas a la neutralización de tales riesgos generados por el desarrollo de la prestación de trabajo, el Derecho de Prevención de Riesgos Laborales.

La vigilancia de la salud constituye uno de los pilares básicos de esta materia y la misión más específica --y una de las más relevantes-- de los profesionales médicos y sanitarios que desarrollan su labor en los servicios de prevención de riesgos laborales en el marco empresarial.

El objetivo principal de esta vigilancia, concretada en la realización de reconocimientos médicos, será la detección de posibles daños a la salud derivados del trabajo. Consistirá en buena medida, por tanto, en descubrir los efectos que los riesgos inherentes al trabajo pueden provocar en el trabajador, los cuales tendrán manifestación, en su caso, a través de una alteración de la salud del trabajador o estado de normalidad orgánica y funcional, tanto física como mental.

En este sentido, se entenderá como un instrumento más de la prevención, integrado en un programa de carácter multidisciplinar y de acuerdo con una serie de actuaciones protocolizadas que aparecen sustentadas en su evidencia científica, su validez, su eficacia y su eficiencia.

La vigilancia de la salud posee dos vertientes, íntimamente unidas en esta materia: la vigilancia de la salud de carácter colectivo y la individual. Eso sí, aun cuando posee esta evidente vertiente colectiva, los conceptos regulados por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales vienen a hacer referencia, fundamentalmente, a la vigilancia individual de la salud, y más en concreto a los reconocimientos médicos como una de las prestaciones sanitarias en materia de salud laboral.

La primera de estas ramificaciones, la colectiva, hace referencia a la recopilación de datos epidemiológicos de los daños derivados del trabajo en la población activa para controlarlos. Se trata, en esencia, por tanto, de la obtención, recuento, análisis e interpretación de datos sobre riesgos, enfermedades o accidentes, con vistas a programar actuaciones y suministrar información a los agentes responsables de la prevención y control. Constituye ésta una manifestación imprescindible para establecer la posible relación causa-efecto entre los riesgos laborales y los problemas de salud derivados de los mismos, conocer qué actividades de prevención serán necesarias, su priorización y evaluación de su efectividad real.

La segunda de ellas, la individual, se concreta principal y fundamentalmente en los reconocimientos médicos, de carácter específico y finalista, cuyo objeto principal será igualmente la detección de cualquier enfermedad que pueda padecer o padezca el operario como consecuencia de la prestación de servicios; circunstancia que, además, servirá para poner de manifiesto si las medidas preventivas resultan adecuadas a la hora de eliminar o, al menos, reducir los riesgos para la salud y, a un tiempo, si el empleado disfruta de la capacidad necesaria para afrontar los riesgos propios de su trabajo. Se refiere, así, a la administración de pruebas y aplicación de procedimientos médicos a los empleados con el fin de detectar daños derivados del trabajo y de la existencia, también, del factor humano relacionados con cada supuesto y, en su caso, comprobar si tales factores ya han sido identificados y minorizados o eliminados a través de las correspondientes medidas preventivas, o si éstas no resultan adecuadas para cumplir con la función que se les encomienda.

La realización de reconocimientos médicos puede desarrollarse puntualmente (en la contratación o ante determinadas situaciones concretas) o de forma periódica, circunstancia que proporciona un seguimiento longitudinal del trabajador o trabajadores en situación de riesgo. Eso sí, únicamente adquieren pleno sentido y funcionalidad si aparecen integrados en un plan de prevención de riesgos laborales y de mejora de las condiciones de trabajo (y es que las obligaciones no terminan con el diseño formal de un plan preventivo, sino en su integración en el sistema

general de gestión de la empresa), con objeto de controlar, reducir o incluso eliminar los peligros latentes para la integridad física y la salud de quien desarrolla una prestación de servicios en el marco de la actividad productiva de la empresa.

En cualquier caso, el empresario siempre estará sujeto a una serie de caracteres, principios y límites tasados por la Ley, la jurisprudencia y, en su caso, los convenios colectivos. Así, cabe señalar como aspectos básicos, la determinación de una vigilancia periódica y, como regla general consentida, del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; en fin, la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se derivan de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.

## **II.- EL DEBER EMPRESARIAL DE VIGILANCIA DE LA SALUD**

Partiendo de la premisa recogida en el artículo 43.1 de la Constitución Española, que reconoce el “derecho a la protección de la salud”, y el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, que establece cómo, “para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo, se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y usos nacionales [las cuales] permitirán

que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de la salud a intervalos regulares”<sup>1</sup>, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reconoce al trabajador un derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo en este campo el derecho a la vigilancia de la salud en su artículo 14, circunstancia que viene a traducirse en el correspondiente deber empresarial de garantizar una vigilancia periódica del estado de salud del trabajador en los términos que para ello establece el artículo 22 del mismo cuerpo legal, que ha venido a construir un sistema amplio y complejo de vigilancia de la salud dotado de no pocos y variados fundamentos y cuestiones de evidente interés, tanto a nivel doctrinal como práctico.

En tal sentido, el artículo 14.2 LPRL viene a establecer que, en cumplimiento del deber de protección, el empresario debe garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Para ello deberá integrar la acción preventiva en la empresa, adoptando cuantas medidas sean necesarias, no sólo en materia de prevención, sino también en la evaluación de los riesgos y de la vigilancia de la salud de su personal, constituyéndose de tal forma en “deudor u obligado a proporcionar a sus empleados una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”<sup>2</sup>.

Tal actividad se define en el siguiente párrafo por el legislador como una tarea permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de

---

<sup>1</sup> En ocasiones la escasa concreción de la norma ha sido considerada como una tendencia “a la desregulación de la cobertura sanitaria a que está obligado el empresario, a una desaparición de los servicios de medicina del trabajo”, [PÉREZ ALENCART, A.: El derecho comunitario europeo de la seguridad y salud en el trabajo, Madrid (Tecnos), 1993, pág. 126], aun cuando no faltan autores para quienes la norma resulta suficientemente clara, pues “en aspectos tan concretos como el que nos ocupa puede existir una gran disparidad entre las tradiciones de los distintos estados miembros que hace difícil una mayor concreción en una normativa que pretende ser aplicada en todos ellos”, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)”, REDT, núm. 82, 1997, pág. 227.

<sup>2</sup> Estando las medidas adoptadas para proceder a garantizar a sus empleados tal vigilancia de la salud con carácter periódico en función de los mencionados riesgos “plenamente incardinadas en esa obligación general definida en el art. 14 de la [LPRL]”, STSJ Madrid 17 octubre 2001 (AS 5560).

identificación, evaluación y control de riesgos que no se hayan podido evitar, disponiendo lo necesario para la adaptación de las medidas preventivas a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

El empresario se erige en principal obligado como consecuencia de que es el titular de su centro de trabajo y el que organiza y dirige la actividad productiva de la que se beneficiará, de forma tal que además de ostentar este poder directivo y de toma de decisiones, también recaerá sobre él como principal responsable<sup>3</sup>, la obligación de que el lugar de trabajo así como todas las condiciones en las cuales se desarrolla una prestación de servicios por cuenta ajena revistan de toda la seguridad que la normativa exige<sup>4</sup>.

Estas obligaciones no finalizarán, por tanto, con el diseño formal de un plan preventivo, sino que, además, exigen su integración en el sistema general de gestión de la empresa (art. 16.1 LPRL), lo que obliga no sólo a realizar una evaluación de los riesgos sino a realizar controles periódicos de las condiciones de trabajo para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

A tal efecto, el artículo 22 LPRL establece y regula la vigilancia de la salud como un deber instrumental del empresario respecto a quien para él preste servicios, la cual viene a consistir en detectar los efectos que pueden provocar en la persona del trabajador los riesgos inherentes a su trabajo, manifestándose a través de una alteración de su salud, ya sea física o mental<sup>5</sup>.

El cumplimiento de los deberes de prevención no aparece condicionado por “la existencia legal-

mente definida de un accidente de trabajo, de suerte que para la aplicación de la LPRL y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, no es preciso que el daño causado deba previamente de ser definido como accidente de trabajo. Y sin perjuicio obviamente de que así pueda calificarse en el procedimiento que corresponda”<sup>6</sup>.

En fin, por supuesto, este deber se materializa también en la obligación de garantizar la vigilancia periódica del estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo<sup>7</sup> tal y como establece el artículo 22.1 LPRL<sup>8</sup>.

### **III.- CONCEPTO Y CARACTERES DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD**

Aun cuando la Ley tiene como objeto principal promover la salud de los trabajadores no incluye entre sus contenidos definición alguna de lo que por salud cabe entender; sí recoge, en cambio, el concepto de daños derivados del trabajo, que abarca las enfermedades, patologías y lesiones que pueda sufrir el operario y traigan causa en el desarrollo de su prestación de servicios.

Este concepto de salud se completa con el definido por el Convenio numero 155 OIT para interpretar tal término, habida cuenta aquella no hace referencia únicamente a la ausencia de afecciones o enfermedad, sino que, en términos del artículo 3.e del mencionado convenio, abarca también “los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo”.

El deber de vigilancia del estado de la salud del trabajador consistirá, en consecuencia, en detectar y descubrir los efectos que los riesgos inherentes al trabajo pueden provocar en el trabajador, los cuales tendrán manifestación, en su caso, a través de una alteración de la salud del trabajador o estado de nor-

---

<sup>3</sup> *Sobre el deber de protección del empresario, SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C.:* El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores, *Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 15 y ss.*

<sup>4</sup> *Sobre la cuestión, ALARCÓN CARACUEL, M.:* “Los deberes del empleador en materia de prevención”, en *AA.VV. (SALVADOR PÉREZ, F., Coord.): La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Sevilla (Junta de Andalucía), 1997, pág. 72.*

<sup>5</sup> *Aun cuando la misma no llegue a constituir un daño derivado del trabajo, SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.:* Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, 3<sup>a</sup> ed., *Madrid (Civitas), 2001, pág. 210.*

---

<sup>6</sup> *STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).*

<sup>7</sup> *PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.:* La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *Madrid (CES), 2005, pág. 5 y ss.*

<sup>8</sup> *En tal sentido, STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).*

malidad orgánica y funcional, tanto física como mental.

Aun cuando la vigilancia en materia de salud laboral posee una evidente vertiente colectiva (en relación con la obtención, recuento, análisis e interpretación de datos sobre riesgos, enfermedades o accidentes, con vistas a programar actuaciones y suministrar información a los agentes responsables de la prevención y control), el concepto recogido por la LPRL hace referencia, fundamentalmente, a la vigilancia individual de la salud, y más en concreto a los reconocimientos médicos como una de las prestaciones sanitarias en materia de salud laboral.<sup>9</sup>

En este marco, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, aunque anterior en el tiempo a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, contiene en su artículo 21 un amplio abanico de actuaciones entre las cuales aparece recogida la vigilancia de la salud de los trabajadores con objeto de “detectar precozmente e individualizar los factores de riesgo y deterioro que puedan afectar a la salud de los mismos”.

La vigilancia de la salud de los trabajadores se concreta principal y fundamentalmente en los reconocimientos médicos, cuyo carácter “específico y finalista” tiene por objeto principal la detección de cualquier enfermedad que, como consecuencia de su prestación de servicios, pueda padecer o padezca el operario, circunstancia que, además, servirá para poner de manifiesto si las medidas preventivas resultan adecuadas a la hora de eliminar o, al menos, reducir los riesgos para la salud y, a un tiempo, si el empleado disfruta de la capacidad necesaria para afrontar los riesgos propios de su trabajo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (MONERO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, N., Dirs.): Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios, Granada (Comares), 2004, pág. 203.

<sup>10</sup> GARCÍA SERRANO, A. y PEDROSA ÁLQUEZAR, S. I.: Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999, págs. 2 y ss ó SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, RMTAS, núm. 53, 2004, págs. 181-182.

La mencionada vocación finalista contemplada en la Ley respecto a la vigilancia de la salud evidencia un claro alejamiento de los habituales y tradicionales chequeos que la empresa pudiera ofrecer a sus trabajadores, pues estos resultarían claramente insuficientes para dar cumplimiento al deber garantista del empresario que le obliga a detectar y neutralizar los riesgos específicos a los cuales queda expuesta una persona en su puesto de trabajo, circunstancia que obliga a reconocimientos más específicos y ajustados, en función, en buena medida, de los factores de riesgo no eliminados.<sup>11</sup>

Únicamente éstos últimos cumplirían con lo dispuesto en el artículo 22 LPRL, de manera tal que deben quedar claramente diferenciados utilizando para ellos las expresiones como vigilancia de la salud o exámenes de salud, es más, no falta quien propone “que la negociación colectiva propicie que paulatinamente los exámenes de salud vayan sustituyendo a los reconocimientos médicos tradicionales”.<sup>12</sup>

El reiteradamente destacado artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales constituye la principal norma de referencia en la materia, partiendo de la cual cabe destacar, como ha venido a señalar la jurisprudencia en atención a su contenido,<sup>13</sup> una serie de caracteres y principios fundamentales<sup>14</sup>: la determinación de una vigilancia periódica<sup>14</sup> y, como regla general consen-

---

<sup>11</sup> Aun cuando, como es evidente, “muchas de las pruebas genéricas que suelen comprender los chequeos tradicionales también podrán formar parte de los reconocimientos específicos que exige la LPRL”, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, cit., pág. 182, quien destaca cómo el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 “denota la preocupación por distinguir entre los reconocimientos médicos generales o inespecíficos y los que se realizan para vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los factores de riesgo no eliminados”.

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.): El modelo social en la Constitución Española de 1978, Madrid (MTAS), 2003, pág. 292 y ss.

<sup>13</sup> Sirva como ejemplo, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>14</sup> Al respecto, STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184), en la cual se establece asimismo cómo el cumplimiento de los deberes de prevención no aparece condicionado por “la existencia legalmente definida de un accidente de trabajo, de suerte que para la aplicación de la LPRL y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, no es preciso que el daño causado deba previamente de ser definido como accidente de

tida, del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral<sup>15</sup>, obligación, por tanto, de carácter sanitario “a la que se ha de dar respuesta con medidas médicas”<sup>16</sup>; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.

Cierto es también que el aludido artículo 22 LPRL “no dice nada al respecto de como han de ser concretadas las garantías de vigilancia del estado de salud de los trabajadores”, aunque queda abierta la puerta a la concreción por cualquier otro medio válido<sup>17</sup>.

#### **IV.- CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD**

La Directiva 89/391/CEE recoge en su articulado el principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos. Tal circunstancia, tras la transposición al ordenamiento interno de la norma, obligó a la derogación de la Ordenanza General de Seguridad e

Higiene en el Trabajo y el Reglamento de Servicios Médicos de Empresa, que imponían su realización. La vigilancia de la salud constituye, por tanto, un derecho del trabajador, de forma tal que, en principio, para poder llevarse a cabo habrá de contar con su consentimiento. Así, el empresario garantiza el cumplimiento de su deber siempre y cuando ofrezca a sus empleados los reconocimientos médicos adecuados y éstos se lleven a cabo si así lo desea el interesado.

De tal manera, queda protegida la libertad a disponer sobre la propia salud, en una construcción plenamente coherente con la configuración otorgada a los reconocimientos médicos, concebidos como un derecho subjetivo para los trabajadores<sup>18</sup>. Resulta menester, en definitiva, destacar cómo la regulación de la vigilancia de la salud en la Ley de prevención de riesgos laborales descansa en un principio vertebral: la voluntariedad del reconocimiento médico como regla general.

No puede obviarse cómo de esta manera resulta tomada en consideración la afectación a la cual puede dar lugar este tipo de pruebas en el derecho a la intimidad. De ahí que el artículo 22.1 LPRL, en su párrafo segundo, disponga que la vigilancia de la salud a través de los reconocimientos médicos únicamente podrá ser realizada, por regla general, cuando el trabajador preste su consentimiento. “El trabajador, por tanto, será libre para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales”<sup>19</sup>.

#### **1.- El consentimiento del trabajador**

La vigilancia de la salud únicamente podrá ser llevada a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. En virtud de ello, y para que dicho consentimiento sea válido, el operario deberá estar claramente informado respecto a los contenidos, técnicas y fines últimos del reconocimiento realizado.

---

*trabajo. Y sin perjuicio obviamente de que así pueda calificarse en el procedimiento que corresponda”.*

*15 STSJ Cataluña 6 julio 1999 (AS 3140).*

*16 FERNÁNDEZ MARCOS, L.: Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral), Madrid (Dykinson), 1996, pág. 108.*

*17 STSJ Madrid 17 octubre 2001 (AS 4460).*

---

*18 SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, cit., pág. 211 ó SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, cit., pág. 187.*

*19 STCo 196/2004, de 15 de noviembre.*

Situados en el marco ordinario de la prevención y vigilancia de la salud, afectada la intimidad personal y no existiendo circunstancias justificativas de un reconocimiento médico obligatorio y de las consecuencias que al mismo --en virtud de sus resultados-- pudieran eventualmente aparejarse, toma protagonismo central la necesidad de que la parte afectada preste su consentimiento, el cual entronca “con el derecho a la personalidad, dignidad e intimidad y encuentra su fundamento último en la libre autodeterminación de la persona, o dicho de otro modo, en la libertad individual del ser humano”<sup>20</sup>.

En este sentido, el derecho a la intimidad personal resultará vulnerado en aquellos supuestos en los cuales “la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”<sup>21</sup>.

Cabe señalar, respecto a la forma, el hecho de que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no establece la obligatoriedad de la forma escrita (ni la Constitución lo impone), de forma tal que, en principio, será suficiente que se pueda verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, circunstancia que no excluye en absoluto “la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad”, todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la negociación colectiva sobre la materia o de lo que cupiera señalar en relación a casos concretos, especialmente “por afectación de otros derechos (de forma destacada, cuando las exploraciones supusiesen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del trabajador”<sup>22</sup>.

Ahora bien, el hecho de que un trabajador acepte libremente someterse a las pruebas médicas no supone una carta blanca para la empresa respecto a las pruebas a realizar, pues, tal y como ya se dejó patente, para que tal consentimiento sea válido, el operario deberá estar claramente informado respecto a los contenidos, técnicas y fines últimos del reconocimiento realizado.

## **2.- Excepciones al carácter voluntario de la vigilancia de la salud. La obligatoriedad de los reconocimientos médicos**

En cualquier caso, la legislación contempla una serie de excepciones a dicho carácter, pudiendo obligar al empleado a someterse a reconocimientos o pruebas en contra de su voluntad si para los casos previstos su excepcionalidad queda total y perfectamente demostrada, ponderando además el beneficio colectivo sobre el derecho individual para cada situación concreta.

El derecho del trabajador a preservar su integridad personal cede así ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades “capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo”, circunstancia en virtud de la cual se establecen “tres excepciones a la regla general de voluntariedad”<sup>23</sup>.

Aparecen exceptuados, por tanto, una serie de supuestos determinados, siempre previo informe de los representantes de los trabajadores, aun cuando la Ley --y los convenios colectivos, cabe añadir-- guarda un mutismo absoluto respecto a su carácter, circunstancia que conduce a suponer que tal informe no resulta vinculante<sup>24</sup> y que, con independencia de ser

---

<sup>20</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. A propósito de la Sentencia del TC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196)”, AS, núm. 19, 2005, pág. 11

<sup>21</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>22</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

---

<sup>23</sup> SAMPER JUAN, J.: “La vigilancia de la salud laboral y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, en AA.VV. (AGUSTÍ JULIÀ, J, Dir.): Estudio de la Prevención de riesgos laborales, Madrid (CGPJ), 1999, pág. 319

<sup>24</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en BOTANA LÓPEZ, J. M<sup>a</sup>.; SAGARDOY DE SIMÓN, I.; FERNÁNDEZ MARCOS, L. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Civitas), 1997, pág. 128.

éste favorable o desfavorable, el empresario podrá decidir finalmente la realización del reconocimiento médico. Eso sí, nada impide que tal decisión pueda ser impugnada y revisada en vía judicial.

### **2.1.- Reconocimientos para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud**

Aquellos casos en los cuales la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre los trabajadores, lo cual implica que debe tratarse del único procedimiento posible o razonable para la misma<sup>25</sup>. No resulta posible obviar cómo el cumplimiento del deber de protección eficaz que la Ley impone al empresario supone evaluar los riesgos a los cuales aparecen sometidos sus empleados, y para lograr tal objetivo resulta preciso conocer la incidencia sobre la salud de las condiciones de trabajo.

En principio, el examen médico siempre permitirá evaluar tal incidencia, circunstancia que podría vaciar de contenido y eliminar el principio de vulnerabilidad. Por ello, los reconocimientos deben resultar imprescindibles, entendiéndose que éste carácter únicamente se da en aquellos supuestos en los cuales no exista otro procedimiento alternativo válido para proceder a tal evaluación<sup>26</sup>, pero, no cabe olvidar que resulta cuando menos difícil “pensar en un mecanismo que permita valorar la incidencia y compatibilidad de las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador con la misma eficacia que un reconocimiento médico”<sup>27</sup>.

### **2.2.- Reconocimientos con objeto de comprobar si el estado de salud constituye un peligro para**

*la integridad física del trabajador, sus compañeros o terceras personas*

Con objeto de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

Supuesto formulado con excesiva amplitud, de forma tal que “resulta indudable que tan solo queda justificada su realización obligatoria cuando resulte imprescindible”, es decir, en aquellos supuestos en los cuales constituya el único mecanismo posible para determinar si el estado de un trabajador puede suponer un riesgo, no siendo justificable la existencia de meras sospechas o elucubraciones “acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera o no”<sup>28</sup>.

Un ejemplo ilustrativo de esta cuestión viene constituido por aquel supuesto en el cual se produce la negativa de un trabajador a someterse a determinadas pruebas psicológicas, habida cuenta, la excepción contenida en el mencionado artículo 22.1 LPRL “encaja en el supuesto enjuiciado, pues después de haber sido objeto de sanción el actor con suspensión de empleo y sueldo por veinte días por haberse negado a reconocimiento médico, judicialmente ratificada, es de nuevo requerido por escrito de 4 de septiembre de 1996, en el que se le indican las razones del pretendido reconocimiento médico de carácter psicológico --el extravagante comportamiento del actor que hacía razonablemente presumir distorsiones psicológicas graves, que no sólo dificultaban en gran medida la normal relación con profesores y compañeros, sino que podría tener también serias repercusiones en la salud o integridad del propio actor, compañeros profesores y en el mismo alumno-- lo que hacía justificado y razonable el reconocimiento médico pretendido, pues no es adecuado esperar a que el peligro para su estado de salud o el de otras personas con él relacionadas por motivos de su puesto de trabajo, se concrete en un daño o lesión

<sup>25</sup> DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, Madrid (CES), 1998, pág. 275; PURCALLA BONILLA, M. A.: “Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico”, AS, núm. 22, 1998, pág. 32 o BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: “La vigilancia de la salud laboral”, Social mes a mes, núm. 116, 2006, pág. 17.

<sup>26</sup> Interpretando necesariamente el carácter imprescindible del reconocimiento de una manera claramente restrictiva, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)”, REDT, núm. 82, 1997, pág. 232.

<sup>27</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, cit., págs. 190-191.

<sup>28</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: “La vigilancia de la salud laboral”, cit., pág. 17.

real para adoptar una medida que lo que pretende es evitarlo”<sup>29</sup>.

No cabe olvidar, en este sentido, cómo, además de no lesionar la obligación de respeto a la esfera individual del individuo protegida por los derechos fundamentales, existe también una “obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano, [circunstancia que afecta] especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”<sup>30</sup>, lo que explica el carácter evidentemente proteccionista de esta norma respecto a la capacidad individual de la persona a la hora del ejercicio de tales garantías, habida cuenta el riesgo que asume quien decide no someterse a un reconocimiento médico podría afectar, a su vez, a terceros, de forma tal que se pretende proteger no sólo al trabajador individualmente considerado, sino también un interés general como es la salud pública controlando los riesgos en el trabajo, en tanto en cuanto sea el trabajador quien se erige y constituye en riesgo en virtud de su estado biológico<sup>31</sup>, resultando, por supuesto, de todo punto necesario “tener en cuenta el tipo de actividad que desarrolla el empleado en cuestión y las condiciones en que lo hace, porque no siempre su estado de salud habrá de representar un peligro para los demás o él mismo”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 1 julio 1998 (AS 3377).

<sup>30</sup> STCo 53/1985, de 11 de abril.

<sup>31</sup> En la medida en que se considere tal estado biológico del trabajador “un riesgo para la salud pública se le impone obligatoriamente el sometimiento a los reconocimientos médicos que sean precisos”, MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, págs. 38-39.

<sup>32</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, cit., págs. 192.

### *2.3.- Reconocimientos obligatorios por disposición legal*

Cuando así lo establezca una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En este aspecto, los reconocimientos médicos tendrán carácter obligatorio en puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, habiendo sido este “el ámbito tradicional de las revisiones médicas obligatorias”<sup>33</sup>, pudiendo generar su incumplimiento la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios<sup>34</sup>.

Esta previsión “adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria”, en la cual son contemplados también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias, en concreto, y “señaladamente, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”<sup>35</sup>.

### *2.4.- La excepcionalidad del carácter voluntario en la Ley y los convenios colectivos*

En todo caso, cabe señalar cómo esta excepcionalidad no puede ser utilizada de forma abusiva, habida cuenta circunstancias especiales y específicas se convertirían en generalidad, circunstancia que, bajo ningún concepto, constituye la intención última de la norma.

De tal forma, las excepciones contenidas en la Ley de prevención de riesgos laborales deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico.

En este sentido, la Constitución, en su artículo 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad, circunstancia, sin embargo, que bajo ningún concepto

---

<sup>33</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., Coords.): La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 236.

<sup>34</sup> A este respecto, y en relación con los daños sufridos como consecuencia del trabajo con amianto, STSJ País Vasco 4 junio 1998 (AS 3733).

<sup>35</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

significará que se trate de un derecho absoluto, habida cuenta puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, no cabe duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud.

Ese interés público constituye, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral. Claro que, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional, “en el terreno del propio derecho fundamental a la intimidad personal las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora”<sup>36</sup>.

La norma habilitante deberá, además, “concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga”<sup>37</sup>.

En virtud de lo anterior e integrándolo en el marco legal del artículo 22.1 LPRL, párrafo segundo, como disposición normativa de referencia en la materia, cabe destacar cómo los reconocimientos médicos obligatorios únicamente estarán habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador<sup>38</sup>:

En primer lugar, la proporcionalidad al riesgo, dada por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incidos.

En segundo término, la indispensabilidad de las pruebas, por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado.

En fin, la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable, descrita en los supuestos del segundo párrafo del artículo 22.1 LPRL.

Por lo que hace a los convenios colectivos, de entre los que contemplan esta posibilidad, resulta posible constatar que son muy pocos los que realizan la oportuna referencia a la causa de justificación de la obligatoriedad del reconocimiento médico. De hecho, lo habitual es que sea establecido tal carácter imperativo sin más, configurando el sometimiento del empleado “prácticamente como una libertad absoluta del facultativo”, de forma tal que el empresario posee “una amplia cobertura para disponer de reconocimientos médicos obligatorios en prevención de riesgos”<sup>39</sup>.

Consecuentemente, las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad quedan vinculadas bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, pues resulta obvia la existencia de empresas y actividades sensibles al riesgo y, como consecuencia de ello, trabajadores especialmente afectados por el mismo<sup>40</sup>.

Por el contrario, la obligatoriedad no podrá ser impuesta en los supuestos en los cuales únicamente esté en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se ha puesto de manifiesto, “es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a

---

<sup>36</sup> STCo 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>37</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre, siguiendo la doctrina sentada en la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>38</sup> Sobre la cuestión, y en este sentido, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

---

<sup>39</sup> GOÑI SEIN, J. L.: “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, RDS, núm. 5, 1999, pág. 61.

<sup>40</sup> ATCo 272/1998, de 3 de diciembre.

las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”<sup>41</sup>.

Cabe señalar, en fin, que el convenio colectivo, a diferencia de lo que muchos plasman en su contenido, no puede en modo alguno prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a la ley, ni introducir en la disciplina de los reconocimientos médicos obligatorios aspectos que no encajen en el marco de las directrices en torno a las cuales debe ordenarse. Únicamente podrá colaborar con la norma estatal en la delimitación y precisión de las excepciones legalmente establecidas a la exigencia de consentimiento, asumiendo “una función de complementariedad”<sup>42</sup>, habida cuenta que fuera de tales supuestos “se revela absolutamente inidónea para disciplinar los reconocimientos médicos obligatorios”, hasta el punto de que el trabajador podrá oponerse, pudiendo generar responsabilidad de carácter civil e incluso penal para el empresario la decisión de someterle a las pruebas en contra de su voluntad<sup>43</sup>, aun cuando sirva para controlar, disminuir o eliminar una situación de riesgo para la propia salud física de aquél. Por el contrario, ninguna responsabilidad podrá imputársele por la no realización de controles si ello trae causa en la negativa de su empleado, a pesar de que se haya producido un daño como consecuencia de ello.

#### **V.- VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS DE SALUD DEL TRABAJADOR**

En la identificación del contenido del deber empresarial de vigilancia de la salud desempeñan un papel fundamental los límites impuestos a la entidad productiva por el legislador<sup>44</sup>, garantías derivadas en

---

<sup>41</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>42</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, *cit.*, pág. 215.

<sup>43</sup> Sobre la cuestión, ampliamente, GOÑI SEIN, J. L.: “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *cit.*, págs. 59-66 y 74.

<sup>44</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *cit.*, pág. 183.

muchos casos de derechos constitucionales. Así, las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

Se trata de un derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, sin perjuicio de supuestos determinados de autorización o consentimiento expreso.

Cabe destacar, en este punto, cómo la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes --el trabajador-- de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal<sup>45</sup>. Las organizaciones empresariales no pueden constituirse en mundos separados y estancos del resto de la sociedad y la libertad de empresa establecida por el artículo 38 CE no legitima que quienes prestan sus servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de los titulares de aquéllas tengan que “soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional”<sup>46</sup>.

La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 del texto constitucional.

Los hechos y circunstancias referidos a las relaciones sociales y profesionales en torno a las cuales el trabajador desempeña su actividad “no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona”<sup>47</sup>, y “mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima, personal y familiar

---

<sup>45</sup> Por todas, STCo 98/2000, de 10 de abril.

<sup>46</sup> Entre muchas, SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 106/1996, de 12 de junio; 197/1998, de 13 de octubre y 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>47</sup> SSTCo 180/1987, de 12 de noviembre; 142/1993, de 22 de abril; 202/1999, de 8 de noviembre y ATCo 30/1998, de 28 de enero.

del trabajador”<sup>48</sup>, en cuyo ámbito aparecen incluidas, sin duda, las referencias a la salud<sup>49</sup>.

En este sentido, la normativa laboral contiene una regulación que se inspira en los mismos principios. Así, el analizado artículo 22 LPRL “regula la vigilancia de la salud de los trabajadores como obligación empresarial, intentando cohonstar la misma con la protección debida y proporcional de la intimidad del trabajador. Por ello, además de regular la voluntariedad del sometimiento a las medidas de vigilancia de la salud y sus excepciones, se establece como criterio general que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”<sup>50</sup>.

La actividad preventiva de vigilancia de la salud no termina, por tanto, con la aplicación de los medios adecuados, sino que también alcanza la posterior gestión de los resultados de ella derivados<sup>51</sup>, y aun cuando el trabajador deberá ceder una parte de su intimidad en este ámbito, queda restringida la información que pueda circular desde un punto de vista subjetivo, generándose una “protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida”, pues será permitido un determinado grado de acceso a los datos a terceros, eso sí, obligados por ley a mantener su confidencialidad<sup>52</sup>.

## **1.- El derecho del trabajador a la información en materia de vigilancia de la salud**

Retomando el discurso a partir de lo señalado en apartados anteriores y desde la perspectiva del dere-

cho a la intimidad personal, el sometimiento libre y voluntario del trabajador al reconocimiento médico al cual antes se hizo referencia no resulta suficiente para considerar válido el consentimiento ni para concluir que se respetaron los términos para los que fue otorgado. Existe, en este sentido, un segundo aspecto a considerar: la información que debe proporcionarse al trabajador en este tipo de pruebas, que puede ser considerada desde distintos prismas, en concreto, respecto al momento de realización de los reconocimientos, su contenido específico o, en fin, la transmisión cierta y clara de sus resultados finales.

### ***1.1.- La información sobre el momento de realización de los reconocimientos médicos***

Resulta, si no preciso, al menos aconsejable, que el trabajador conozca cuándo se someterá a un reconocimiento, el medio de notificación será el que se considere más oportuno en cada empresa.

En la práctica, la revisión posee habitualmente carácter anual, aun cuando nada impide que la normativa o los convenios colectivos establezcan disposiciones en otro sentido, ampliando hasta dos o, incluso tres años dicho período, o reduciéndolo en supuestos muy específicos.

### ***1.2.- La información sobre el contenido de los reconocimientos médicos y las pruebas a realizar***

El acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador “debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, conforme a nuestra doctrina, en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la

<sup>48</sup> SSTCo 142/1993, de 22 de abril; 202/1999, de 8 de noviembre y 98/2000, de 10 de abril.

<sup>49</sup> STCo 202/1999, de 8 de noviembre y 196/2004, de 15 de noviembre o STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>50</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>51</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, *cit.*, pág. 93.

<sup>52</sup> Así, ROMERO CASABONA, C. M.: “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, Poder Judicial, núm. 31, 1993, pág. 168.

persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”<sup>53</sup>.

Por otra parte, resulta igualmente necesario un acto expreso de información en los supuestos en los cuales durante el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun cuando no afectaran a la intimidad corporal del trabajador, sí concernieran “en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad”<sup>54</sup>.

En fin, cabe destacar también la obligatoriedad de la información previa “cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo”. En efecto, al margen de lo que pueda señalarse o establecerse desde un prisma legal sobre la posibilidad de realizar detecciones adicionales, “en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad... En lo restante, esto es, en lo que resulte previsible en atención al objeto y propósito de los reconocimientos médicos en la relación de trabajo, no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico”<sup>55</sup>.

Estos son, en definitiva, los requisitos necesarios en lo que respecta al acceso a una información adecuada para que el consentimiento en este terreno constituya un acto informado y pleno, asegurándose así las garantías para la libre determinación y disposición del trabajador sobre un ámbito personal constitucionalmente protegido.

Cuando la empresa incumpla estas premisas, estará violando derechos del trabajador constitucional y legalmente protegidos, aun cuando no exista una expresa intencionalidad en este sentido, dado que la vulneración de derechos fundamentales “no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”<sup>56</sup>.

En este sentido, y en un ilustrativo ejemplo, en el supuesto de que a un trabajador no se le comunicara ni por la empresa ni por sus servicios médicos cuál es la información buscada con los análisis médicos y, en concreto, no se le informara de que se analizaría su consumo de estupefacientes, tal circunstancia, ciertamente, “no equivale a que existiera resistencia por parte de [la empresa] a informar a la demandante, caso de que ésta lo hubiera solicitado, ni tampoco supone que ésta no tuviera posibilidades de acceder a dicho conocimiento a través de sus representantes o directamente dirigiéndose a los servicios médicos o por otros cauces. Ahora bien, conforme a lo que hemos establecido, [la empresa] tenía la obligación de informar expresamente a la trabajadora de esa analítica concreta, toda vez que, si bien no afectaba a la intimidad corporal, según se dijo, sí tenía como objeto datos sensibles que lo imponían, pues el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, pese a que en nuestro ordenamiento es una conducta en sí misma impune, provoca a menudo un juicio social de reproche en sectores significativos de la comunidad. Por ello, los datos mismos que quedaban comprometidos, por su

---

<sup>53</sup> SSTCo 37/1989, de 15 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, 2 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre o 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>54</sup> Como ocurre, por ejemplo, con el consumo habitual de drogas, tal y como vino a señalar la STCo 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>55</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

---

<sup>56</sup> Por todas, STCo 225/2001, de 26 de noviembre.

naturaleza, obligaban a una información previa y expresa, tendente a asegurar la libre decisión”<sup>57</sup>.

### ***1.3.- La información clara y veraz sobre los resultados de los reconocimientos y pruebas médicas***

El trabajador deberá, lógicamente, ser informado de los resultados de sus pruebas médicas, los cuales, además, y en una última vertiente de este derecho a la información, habrán de ser comunicados al trabajador afectado de una forma clara, veraz y comprensible, constituyendo una infracción grave la falta de información en este punto.

Tales resultados están constituidos por los documentos en los cuales aparece contenida la información de datos personales relativos a la salud de un concreto trabajador derivados de la práctica de las diferentes pruebas realizadas con objeto de detectar los posibles efectos de los riesgos de su trabajo sobre su salud. En ellos se incorpora el diagnóstico, pronóstico y el tratamiento a seguir, en caso de ser éste necesario, o la remisión a su médico de familia o especialista, además de todos aquellos aspectos relacionados con su puesto de trabajo o actividad de manera clara y precisa<sup>58</sup>.

Esta información deberá poner de manifiesto si la patología o alteración de la salud, en caso de existir, tiene origen laboral o si puede verse agravada por causa de continuar realizando determinadas funciones y si su estado le dificulta o impide el desarrollo normal de su prestación de servicios e, incluso, si afecta a otros empleados y personas en la empresa. Al margen de todas estas cuestiones que normalmente debe incorporar la mencionada documentación, ésta podrá ser continuada en aquellos supuestos en los cuales el trabajador esté sujeto a tratamiento o a período de observación<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>58</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo, *cit.*, pág. 226.

<sup>59</sup> BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): Trabajo y libertades públicas, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999, pág. 274.

Habrán de ser entregados por escrito y en un sobre cerrado y sellado (en el cual debería figurar expresamente el término “confidencial”) para evitar cualquier posible atentado a la confidencialidad<sup>60</sup>, excluyendo las posibles anotaciones realizadas en ellos en el transcurso de los reconocimientos, en tanto éstas forman parte del derecho a la intimidad del médico (desde una perspectiva distinta y de respeto a los derechos de otra persona, por tanto), psicólogo o sociólogo que hayan llevado a cabo los exámenes, debiendo, igualmente, comunicarse de palabra en cumplimiento de los principios de actuación que recogen los distintos códigos deontológico profesionales cuando la importancia de los resultados así lo haga necesario.

Además, tales anotaciones y los resultados de las exploraciones en la medida en que comporten un juicio fundamentado en los conocimientos médicos, así como los diagnósticos y tratamientos, pueden ser considerados creación científica y, en consecuencia, resultan susceptibles de protección como objeto de propiedad intelectual<sup>61</sup>.

En cualquier caso, el trabajador, como titular del derecho a la intimidad y confidencialidad de los datos de salud, podrá, si así lo desea, sustraerse del conocimiento de los resultados de sus exámenes y pruebas, eso sí, haciéndolo constar por escrito; renuncia que, por supuesto, no le eximirá de su deber de colaboración con la empresa en su objetivo de garantizar unas adecuadas y seguras condiciones de trabajo, debiendo cumplir con cualquier medida (no abusiva y que no vulnere derechos del trabajador)

---

<sup>60</sup> Resultaría lo más adecuado que tales resultados fueran directamente comunicados al trabajador por los miembros del servicio de prevención con el cual su empresa tuviera contratada la vigilancia de la salud, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, págs. 122-123, pues, a pesar de las garantías del soporte papel, debería evitarse que los sobres fueran remitidos a la empresa y ésta los distribuyera directamente a sus trabajadores, siendo preferible optar por “el envío directo a cada uno de ellos dentro de la empresa o a su domicilio particular, pues la LPRL señala que, salvo que el trabajador lo autorice..., la empresa sólo tendrá acceso a las conclusiones y debe evitarse, por tanto, cualquier tentación de filtración de datos que pudiera suponer un perjuicio para el trabajador al que se refirieran los concretos resultados”.

<sup>61</sup> ROMERO CASABONA, C. M. y CASTELLANO ARROYO, M.: “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, Derecho y Salud, núm. 1, 1993, pág. 8.

adoptada en materia preventiva como consecuencia de las conclusiones finales de los resultados de los reconocimientos médicos, aspecto cuyo incumplimiento podría suponer la correspondiente sanción disciplinaria<sup>62</sup>.

## **2.- La pertinencia y proporcionalidad de las pruebas realizadas**

Son varias y variadas las cuestiones a plantear en relación con el derecho a la intimidad personal. Así, señaladamente, si hubo o no consentimiento eficaz, y si, en particular, el objeto que tuvo y la finalidad a la que se dirigía el reconocimiento médico supusieron una desconsideración del régimen legal o un exceso sobre los términos en los que la recurrente otorgó la autorización para la exploración al punto de llegar a causar una lesión del artículo 18.1 CE<sup>63</sup>. Constituirá un paso previo fundamental para apreciar esa posible vulneración el examen de las actuaciones llevadas a cabo por los servicios médicos de la empresa, y si estas inciden o no en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal<sup>64</sup>.

Una vez que el trabajador ha sido debidamente informado (deberá conocer también el tipo de pruebas a las que será sometido, los peligros que puedan entrañar y las molestias que, en su caso, generen) y prestado su consentimiento se deberá en todo caso optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias y sean proporcionales al riesgo o riesgos a los cuales aquél aparece expuesto. Es decir --y erigiéndose como una limitación modal<sup>65</sup>--, el personal médico no podrá realizar más pruebas que las estrictamente necesarias

e imprescindibles, dado que, de otra forma, constituiría una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador<sup>66</sup>.

En modo alguno podrán los reconocimientos médicos ocuparse de otras cuestiones que resulten inocuas desde el punto de vista laboral (y que, de ser conocidas por el empresario, sin duda llegarían a actuar de forma negativa y como causa de discriminación, “como podrían ser hábitos sexuales, tasas de consumo de alcohol o drogas..., ser portadores del virus VIH...”<sup>67</sup>) y menos aún girar sobre test genéticos capaces de analizar las propensiones del trabajador a sufrir determinadas enfermedades en el futuro, circunstancia que, además, puede traducirse para el trabajador, al conocer esas posibles tendencias patológicas, “en una carga psicológica con graves consecuencias psicosomáticas, afectar a la propia imagen de la persona y su autoestima y tener efectos a largo plazo sobre la forma de planificar y orientar su vida futura”<sup>68</sup>. Por otra parte, parece evidente que no puede estar muy claro que tipo de estructura genética podría ser absolutamente pertinente y adecuada respecto al desarrollo de una actividad laboral, más aún teniendo en cuenta que el genoma de todo ser humano muestra defectos<sup>69</sup>.

La regla antes mencionada respecto a las molestias que puedan causar ciertas pruebas únicamente desplegará todo su efecto en el supuesto de existir pruebas alternativas con un parecido grado de efectividad; pues no se trata simplemente de escoger las menos agresivas, sino las que menos lo sean “cuando existan varias mediante las cuales se pueda conseguir

---

<sup>62</sup> *Sobre la materia, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.*: Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones, Oviedo (CES Principado de Asturias), 2005, págs. 37 y ss.

<sup>63</sup> *Especialmente cuando se trata de la utilización de sus resultados a efectos de la extinción de la relación laboral. En este aspecto, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.*

<sup>64</sup> *Sirva como ejemplo en la materia, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.*

<sup>65</sup> *LOUSADA AROCHENA, J. F.*: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en *AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.)*: Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Granada (Comares), 1998, pág. 108.

---

<sup>66</sup> *STCo 37/1989, de 15 de febrero.*

<sup>67</sup> *TASCÓN LÓPEZ, R.*: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, Madrid (Thomson-Civitas/APDCM), 2005, pág. 99.

<sup>68</sup> *WIESE, G.*: “Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales”, en *AA.VV. (ABELLA, J. G., Trad.)*: El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Madrid (Fundación BBV/Universidad de Deusto/Diputación Foral de Vizcaya), T. IV, 1994, págs. 263-264.

<sup>69</sup> *Ampliamente sobre la materia, y en este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.*: Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo, Madrid (Civitas), 1999, pág. 99.

el mismo objetivo, que es proteger eficazmente la salud del trabajador”<sup>70</sup>.

El incumplimiento de esta obligación de proporcionalidad por la empresa se intensifica respecto a la invasión de la intimidad del trabajador, además, si se toma en consideración el elemento de la imprevisibilidad, habida cuenta si no se prueba ni se fundamenta la concurrencia de alguna justificación por razón del riesgo inherente al trabajo (art. 22.1 LPRL) a la hora de practicar unas determinadas pruebas en un concreto puesto de trabajo la posibilidad de vulnerar un derecho fundamental resulta patente.

Si una concreta prueba no era previsible se invadirá la esfera privada del afectado, pues no se cuenta con habilitación legal para ello ni consentimiento eficaz del titular del derecho, actuando en consecuencia sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del artículo 18.1 CE, “sin que pueda servir para llenar esta patente laguna el interés de la empresa en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores, pues dicho interés, ni inspira la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni desde luego puede conformar, de manera genérica o indiscriminada, una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima de los trabajadores”<sup>71</sup>.

Atendiendo de manera especial al elemento teleológico que la proclamación del derecho fundamental del artículo 18.1 CE incorpora, la protección de la vida privada como garantía de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, el Tribunal Constitucional ha señalado en diferentes pronunciamientos que la protección dispensada por el precepto analizado alcanza a la intimidad personal *stricto sensu*, integrada, entre otros componentes, por la intimidad corporal.

Sin embargo, y aun cuando ésta forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por la norma suprema de nuestro ordenamiento, “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”<sup>72</sup>.

De forma tal, determinadas pruebas o intervenciones circunscritas a campos o aspectos concretos realizados por personal médico, en virtud de la forma en que son ejecutados y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entran dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo.

Ahora bien, el hecho de que no exista una vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del cual aquél forma parte, habida cuenta “esta vulneración podría causar la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido”<sup>73</sup>.

En efecto, el derecho a la intimidad personal garantizado por la Constitución tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal, habida cuenta “el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Así, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho

---

<sup>70</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, cit., pág. 184.

<sup>71</sup> Entre otras, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre, 114/1989, de 22 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero, 57/1999, de 12 de abril, 20/2002, de 28 de enero, o 49/2003, de 17 de marzo.

---

<sup>72</sup> STCo 37/1989, de 15 de febrero. Posteriormente, en la misma línea SSTCo 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre o 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>73</sup> STCo 234/1997, de 18 de diciembre.

en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”<sup>74</sup>.

Resulta habitual en este sentido la realización de averiguaciones sobre el consumo de drogas a través de analíticas en las pruebas realizadas a un trabajador, circunstancia que el Tribunal Constitucional ha venido a declarar vulneradora del artículo 18.1 CE si aquéllas no resultan necesarias e imprescindibles<sup>75</sup> y además no se informó adecuadamente al trabajador, habida cuenta “una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido algún género de drogas”<sup>76</sup>.

Es más, en el supuesto de que la realización de pruebas de tal clase hubiere dado lugar, en virtud de sus resultados, a un despido “la reparación de la lesión de un derecho fundamental [deberá] determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo”<sup>77</sup>, al margen de las posibles consecuencias indemnizatorias en virtud de los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar.

### **3.- La confidencialidad de los datos relativos a la vigilancia de la salud**

La normativa legal en la materia ha venido a establecer cómo el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores. Tales informes no pueden ser facilitados al empresario (pues, caso de trascender podrían llegar a suponer desde un

cambio de puesto de trabajo hasta la extinción del contrato<sup>78</sup>) o a otras personas sin consentimiento expreso del afectado.

La redacción utilizada por la Ley de Prevención de Riesgos al señalar la confidencialidad de estos datos y la imposibilidad de su uso con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador está aludiendo a las normas sobre protección de datos de carácter personal<sup>79</sup>, en particular, a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>80</sup>, pues en virtud de su artículo 10 el responsable de los ficheros automatizados<sup>81</sup> “y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto a los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo”.

No cabe olvidar, pues, que uno de los principios fundamentales de un adecuado sistema de tratamiento de datos viene dado por conseguir un “escrupuloso respeto a la confidencialidad de los mismos” en tanto en cuanto ésta forma parte fundamental e

---

<sup>74</sup> STCo 207/1996, de 16 de diciembre. Sobre la cuestión, también, SSTCo 37/1989, de 15 de febrero; 120/1990, de 27 de junio ó 57/1994, de 28 de febrero.

<sup>75</sup> Al respecto, MARTÍNEZ FONS, D.: “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, AS, T. XIV, 2004, págs. 419-420.

<sup>76</sup> Tal intromisión se producirá, por ejemplo, cuando “a consecuencia de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas”, STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>77</sup> STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

---

<sup>78</sup> AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir. y VICENTE PALACIO, A., Coord.): Derecho del Trabajo, 2ª ed., Madrid (Thompson/Aranzadi), 2005, pág. 472.

<sup>79</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., págs. 122-123.

<sup>80</sup> Que ha venido a sustituir a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, vigente en el momento de aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y a cuyo artículo 10, de idéntico contenido, hacía en principio referencia la norma preventiva.

<sup>81</sup> La determinación del sujeto responsable del fichero que integre las obligaciones relativas a la salud “requiere la previa determinación del sujeto de quién deba predicarse la obligación de mantener la información relativa a la salud, así como la extensión de la misma”, MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cit., págs. 110 y ss., para quien cabe diferenciar al menos “tres hipótesis distintas: “el personal médico que practica las medidas de vigilancia, el empresario sobre el que recae la obligación legal de mantener la información derivada de la vigilancia de la salud y, en fin, la existencia de servicios de prevención internos o externos encargados de la vigilancia de la salud”.

inescindible del derecho a la intimidad de la persona<sup>82</sup>.

Ahora bien, “y para garantizar la finalidad preventiva de estas actividades sin ruptura de la intimidad del trabajador”<sup>83</sup>, el empresario y los responsables en materia de prevención sí deben ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados respecto a la aptitud positiva o negativa del empleado para desarrollar la prestación de servicios en el puesto para el cual fue contratado o, en su caso, respecto a la necesidad de introducir nuevas medidas de prevención y protección o mejorar las ya existentes, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

De tal forma, y en virtud de ello, la normativa de prevención, en aquellos supuestos en los cuales la empresa sea concedora de que un empleado haya padecido o padezca algún problema de salud relacionado con su trabajo, obliga evaluar de nuevo los riesgos de ese concreto puesto de trabajo en tanto en cuanto durante el desarrollo de su actividad el trabajador se había visto avocado a una situación “que llegó a dañarle su salud, y a su vez verificar el estado del demandante para comprobar que sin merma de su salud ya deteriorada, podía atender su puesto ... con las cargas de trabajo que [éste conlleva]... [En el supuesto de no actuar así..., no sólo ha obviado sus obligaciones en materia de salud laboral, sino que ha provocado un mayor deterioro [físico del trabajador]... en lo que constituye un evidente atentado contra los derechos laborales indicados y también a su integridad psicofísica «ex» art. 15 CE”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, cit., pág. 119.

<sup>83</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>84</sup> STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).

En torno a esta cuestión, aunque desde una perspectiva distinta, cabe destacar la STS, Cont-Admitivo., 19 junio 2000 (RJ 4095), en cuanto a la atribución “de una comisión de servicio a un funcionario respecto del que no se trata de prevenir riesgo laboral alguno, asesorar técnicamente en cuanto a este extremo o realizar una labor de vigilancia y control..., sino de proporcionarle un puesto de trabajo que pueda desempeñar cuando ya se encuentra afectado por una notoria merma de facultades físicas, psíquicas o sensoriales. No es una cuestión relativa a la prevención de la disminución de la capacidad laboral del funcionario, sino una

En este aspecto, constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica, por una parte, “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”<sup>85</sup> y, por otra, el control por el propio titular de los datos e información a él relativos, habida cuenta de que “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de la abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de esos datos”<sup>86</sup>.

El artículo 18.1 CE confiere así a la persona el poder jurídico de imponer a terceros “el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”<sup>87</sup>. De ello cabe deducir que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión (“un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, conforme a las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”<sup>88</sup>), circunstancia que viene a imponer la mencionada obligación de abstención de injerencias salvo en aquellos supuestos en los cuales éstas apa-

---

*norma dirigida a utilizar la comisión de servicio como medio temporal de resolver un problema de prestación de un puesto de trabajo y su consiguiente provisión.*

*Lo mismo hemos de señalar respecto al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, relativo a la vigilancia de la salud, cuando en el supuesto regulado por el precepto impugnado nos hallamos ante un caso en que la salud del trabajador se encuentra ya notoriamente dañada y la reglamentación administrativa tiene por fin proporcionarle temporalmente un puesto de trabajo que le sea posible desempeñar”.*

<sup>85</sup> Entre otras, SSTCo 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 18 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; 156/2001, de 2 de julio; 127/2003, de 30 de junio o 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>86</sup> STCo 142/1993, de 22 de abril.

<sup>87</sup> SSTCo 73/1982, de 2 de diciembre; 10/1984, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre. Desde una perspectiva general, SSTCo 134/1999, de 15 de julio; 144/1999, de 22 de julio y 115/2000, de 10 de mayo.

<sup>88</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

rezcan fundadas “en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”<sup>89</sup> o cuando exista un consentimiento eficaz que lo autorice, habida cuenta “corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”<sup>90</sup>.

Este precepto constitucional impide, por tanto, las injerencias “arbitrarias o ilegales” en la intimidad<sup>91</sup>. De tal premisa cabe deducir cómo el derecho a la intimidad personal será vulnerado cuando la intromisión en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

La ley impone, por tanto, no sólo la confidencialidad de los datos recabados y análisis realizados en los reconocimientos médicos<sup>92</sup>, sino también su realización en la forma y con los medios que no lleguen a suponer una intrusión fuera de contexto en la vida privada e íntima del trabajador. En este sentido, no existirá lesión del derecho a la intimidad en caso de ser verificada la mencionada confidencialidad de los datos obtenidos al no haberse comunicado a la empresa resultado alguno, especialmente cuando se trata de comunicar la falta de aptitud de un trabajador para desarrollar sus funciones, en cuyo caso la información a la unidad productiva se reducirá, simplemente, a tal información, transmitiéndose únicamente la existencia de una razón que, conforme a los controles médicos plasmados en el manual de referencia, excluía su aptitud para la contratación.

En cualquier caso, y con todo, al tener que entregar las conclusiones que tengan que ver con el

correcto desarrollo de las funciones en materia preventiva, la confidencialidad de la información puede correr riesgos que resultan difícilmente evitables. Que un dato tenga el carácter de confidencial significa su “reservabilidad”, su mantenimiento en secreto frente a personas que no tienen interés legítimo alguno en su conocimiento<sup>93</sup>, de forma tal que dicha privacidad debe ser interpretada de forma restrictiva y siempre funcionarizada directa e imprescindiblemente a la prevención<sup>94</sup>.

El artículo 22 LPRL, al margen de establecer el principio de confidencialidad, lo modula también tomando en consideración la articulación de la documentación como resultados o como conclusiones de las pruebas practicadas, dando a los primeros una máxima confidencialidad, mientras las segundas ven mermado ese blindaje en virtud del tipo de datos que incorporan y la mayor cantidad de sujetos a los cuales se les comunican, aun cuando no deben en caso alguno trascender más allá de la Administración sanitaria, la empresa o los sujetos con responsabilidades en materia preventiva.

La información médica de carácter personal plasmada en los resultados de la vigilancia de la salud, a cuyo contenido ya se ha hecho referencia, incluye (destacando así la amplia acepción que el término posee, aun cuando no todos los autores lo hayan considerado de tal manera<sup>95</sup>), además de información sobre la salud que tiene que ver con el puesto de trabajo, datos que no poseen relación directa con la prestación de servicios pero que ha surgido en la práctica del examen de salud. Referencia

---

<sup>89</sup> En este sentido, SSTCo 207/1996, de 16 de diciembre; 44/1999, de 5 de abril; 292/2000, de 30 de noviembre o 70/2002, de 3 de abril.

<sup>90</sup> SSTCo 83/2002, de 22 de abril o 196/2004, de 15 de noviembre.

<sup>91</sup> STCo 110/1984, de 26 de noviembre.

<sup>92</sup> Sobre la materia, TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, RL, núm. 20, 1997, pág. 125 y ss. o GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho a la intimidad y bajas médicas: la anotación de las bajas médicas. Comentario a la STCo 2002/1999”, Aranzadi TC, núm. 13, 2000, pág. 13 y ss.

<sup>93</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, pág. 120.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid (Trotta), 1996, págs. 154-155.

<sup>95</sup> Así, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Madrid (Agencia de Protección de datos), 1997, pág. 200, para quienes la acepción información médica de carácter personal únicamente hace referencia a “datos relativos a la salud del trabajador detectados en un reconocimiento médico que poca o ninguna relación tuvieran con la actividad laboral por él desarrollada o con el riesgo derivado de su trabajo (tal sería el caso de defectos congénitos o enfermedades comunes), los cuales, en consecuencia, deben quedar preservados de cualquier injerencia salvo la del personal médico asistencial encargado de velar por la salud del trabajador y las autoridades sanitarias”.

terminológica, en definitiva, orientada a unos resultados que, al pertenecer a la esfera íntima del trabajador, resultarán únicamente accesibles al personal médico o autoridades sanitarias que han desarrollado las distintas pruebas enmarcadas en el proceso de vigilancia de la salud<sup>96</sup>, quienes deberán guardar secreto respecto al contenido de los resultados frente al resto de personas con alguna relación con las tareas preventivas de vigilancia de la salud y, por supuesto, frente a terceros, excepción hecha del supuesto de que la no revelación de esos datos pudiera suponer un perjuicio para la salud de otros trabajadores o terceras personas relacionadas con la empresa o que por imperativo legal se establezca lo contrario<sup>97</sup>.

Cuestión distinta es que, partiendo de tal información, resulte necesario extraer unas conclusiones relativas exclusivamente a la aptitud (o no) del empleado en relación con el desempeño de las obligaciones que su puesto de trabajo implican o con la posible necesidad de introducir cambios o mejoras preventivas y protectoras.

Estas conclusiones se elaborarán utilizando, pero no incorporando, lo más destacado de la información médica, evitando facilitar información de índole médica o clínica o reflejar el problema de salud concreto padecido por un trabajador. Respecto a las mismas el deber de confidencialidad aparece, como se ha destacado, algo más relajado, habida cuenta que serán comunicadas al empresario y a ellas tendrán acceso las personas y órganos con responsabilidad en materia de prevención con objeto de que puedan desarrollar correctamente sus funciones, o lo que es lo mismo, delegados de prevención, comité de Seguridad y Salud y la representación unitaria y sin-

dical de los trabajadores<sup>98</sup>, quienes aparecen igualmente sometidos al deber de confidencialidad.

En cualquier caso, y dada la excesiva implicación de una amplia pluralidad de sujetos con legitimidad en materia preventiva lo más razonable resulta mantener en el anonimato la identidad concreta del trabajador respecto al cual trascienden determinados datos médicos<sup>99</sup>, de forma tal que únicamente se ofrezca el conocimiento de aspectos que permitan localizar el riesgo en el sistema organizativo de la empresa, utilizando para ello datos cifrados mediante claves codificadas o el envío de manera separada de los datos personales y de salud de los trabajadores<sup>100</sup> impidiendo así la asociación de ambos.

### **3.1.- Confidencialidad de datos y no discriminación del trabajador**

Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador<sup>101</sup>, circunstancia unida en íntima conexión con el deber de confidencialidad, y como cabe apreciar en virtud del enunciado del artículo 10 de la Ley 15/1999, antes reseñado, también con una visible relación de su contenido dentro de las especificaciones del deber de confidencialidad del artículo 22 LPRL, pues resulta evidente que las normas generales en la materia arrancan en su planteamiento del hecho, más o menos claro, de que el empresario como responsable del

<sup>96</sup> En este sentido, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, págs. 121-122.

<sup>97</sup> Secreto que no alcanzará solo a lo que pueda haber sido deducido de los resultados, sino también a otras cuestiones que el trabajador haya podido confiar al médico o personas involucradas en la vigilancia, pues ciertas enfermedades pueden investigarse a partir del conocimiento de determinados hábitos sociales o deducirse a partir de enfermedades concurrentes, SANCHEZ TORRES, E.: "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", RL, T. II, 1997, págs. 476 y ss.

<sup>98</sup> Sobre la conveniencia de permitir que los trabajadores designados para las tareas preventivas disfruten también del acceso a esos datos, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, pág. 132 y ss.

<sup>99</sup> Y ello en base a motivos preventivos, pero también educativos y de eficacia, SANCHEZ TORRES, E.: "El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *cit.*, pág. 478.

<sup>100</sup> Probablemente una de las formas "más efectivas", MARTÍNEZ FONS, D.: La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, *cit.*, pág. 117.

<sup>101</sup> Circunstancia reiterada en no pocas ocasiones por los Tribunales [así, STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442)], no en vano el medio más adecuado para determinar el concreto alcance de esta precisión debe corresponder a la jurisprudencia, GONZÁLEZ BIEDMA, E. y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Disposiciones de aplicación a la entrada en vigor de la Ley 31/1995: aspectos más destacados de los capítulos III y IV (Derechos y obligaciones; Servicios de Prevención)", en AA.VV.: La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: su incidencia en la empresa, Barcelona (Gestión 2000), 1996, pág. 80.

fichero automatizado y el personal médico como interviniente en la obtención de los datos de tal archivo<sup>102</sup>, conocen circunstancias personales de los trabajadores a través de su actividad profesional.

En este sentido, las mencionadas especificaciones de la obligación de confidencialidad contenidas en el artículo 22 LPRL introducen una garantía adicional<sup>103</sup> de gran importancia a fin de evitar que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores puedan ser usados con fines discriminatorios, garantía que “conforme a las normas generales no existiría”<sup>104</sup> y consistente en que el empresario responsable del fichero automatizado no podrá acceder a toda la información del estado de salud de su empleado, sino únicamente a las conclusiones relativas a su aptitud --o no-- para desempeñar su cometido en la empresa o al necesidad de introducir nuevas medidas de protección y prevención mejorar las existentes.

Aunque, como ha quedado patente, en las conclusiones del informe médico no puede aparecer reflejada la concreta patología que pudiera padecer un trabajador, sí debe expresarse en cambio las condiciones que a éste le están contraindicadas, ya sea de manera temporal o definitiva, circunstancia que puede otorgar pautas para descubrir qué tipo de enfermedad padece una determinada persona, y provocar, en consecuencia, una posible actuación discriminatoria, de forma tal que en aras de evitar tentaciones resulta ciertamente adecuada y acertada la expresa prohibición de este tipo de conductas, forta-

leciendo el derecho a la no discriminación en la práctica y consecuencias de la vigilancia de la salud.

Eso sí, cabría señalar cómo si el estado de salud supone riesgos para otros trabajadores o para terceros, el puesto de trabajo no es compatible con su salud o seguridad o conlleva una ineptitud sobrevenida no parece posible detectar la existencia de un elemento discriminador por parte de la empresa si ésta decide modificar, suspender o incluso extinguir la relación laboral<sup>105</sup>.

En virtud de tal, resulta conveniente que los responsables de llevar cabo esta vigilancia sean “cautos en la utilización de sus palabras para dar a conocer la aptitud o no del trabajador para el concreto puesto de trabajo o función” --tratando así de evitar ciertas actitudes que pudieren perjudicarle-- y tengan en cuenta, por otra parte, los protocolos de actuación en la medida que recogen criterios de valoración al respecto que ofrecen un margen subjetivo para poder adaptarlos a las específicas circunstancias de una empresa o de un trabajador<sup>106</sup>.

El principal objetivo de la vigilancia de la salud no puede aparecer centrado en la contratación o la continuidad laboral de un trabajador en un impecable y perfecto estado de salud, sin tacha médica alguna<sup>107</sup>, sino procurar una adaptación a sus posibilidades, habida cuenta no existe un aptitud concreta y general para el empleo, pues ésta se determinará en función de puesto o la tarea asignada. En definitiva, siempre y cuando se encuentre en condiciones de aptitud adecuadas para llevar a cabo las tareas y actividades concretas de su puesto de trabajo, ningún trabajador puede ser discriminado por razón de problemas o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales.

---

<sup>102</sup> “Podría decirse que habría tres bases de datos: una de resultados y otra de conclusiones a cargo de los servicios de prevención, aunque con alguna responsabilidad de la empresa, y otra más de conclusiones a cargo directo de la empresa. Frente a todas ellas rige el principio de confidencialidad unido a otros principios derivados de la aplicación de la LOPD”, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, pág. 143.

<sup>103</sup> Garantía inspirada en el artículo 16 del Convenio núm. 161, de 7 de junio de 1985, de la OIT, sobre Servicios de Salud en el Trabajo, SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, AL, núm. 2, 1997, págs. 26-27.

<sup>104</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, *cit.*, pág. 123.

---

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, *cit.*, págs. 201-202.

<sup>106</sup> Al respecto, ampliamente, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas, *cit.*, págs. 127-128.

<sup>107</sup> Aun cuando no faltan pronunciamientos que parecen no considerarlo así, STSJ Asturias 11 junio 1999 (AS 1984).

### 3.2.- La información del trabajador al empresario sobre su estado de salud

La información del trabajador al empresario contratante respecto a su estado de salud no resulta obligada, habida cuenta tales datos forman parte del ámbito de la intimidad de la persona.

El empresario puede subordinar la contratación del trabajador a un previo examen sanitario que demuestre la aptitud para el trabajo de éste, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero dicho examen ha de ser llevado a cabo por los servicios de prevención regulados por el Real Decreto 39/1997 y la obligación de información del trabajador contenida en el artículo 2.2.5 de la Ley 41/2002 se refiere a esos servicios y sus profesionales sanitarios, pero en ningún caso al empresario, a quien ni siquiera esos servicios y profesionales pueden informar de sus hallazgos más allá de lo que es preciso en relación con la aptitud del trabajador para las tareas que ha de desempeñar y sus limitaciones.

Si el empresario “no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios”<sup>108</sup>.

Resulta evidente, por habitual, la existencia de una elevada la posibilidad de que las personas que padecen determinadas enfermedades puedan ser discriminadas en muchos ámbitos sociales, como históricamente ha venido ocurriendo en relación a algunos padecimientos<sup>109</sup>, circunstancia que ha llevado a instancias legislativas nacionales y supranacionales a la adopción de determinadas medidas de protección de dichas personas. Éstas, en su mayor parte tendentes “a garantizar la confidencialidad de los datos médicos reveladores de la situación de enfermedad y a impedir a terceros el acceso a esos datos y que en el ámbito laboral han tenido plasmación concreta en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de

8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales..., que trata de proteger la intimidad y la dignidad de la persona trabajadora respecto del empleador dentro de los límites que el precepto marca”<sup>110</sup>.

En el supuesto de que con posterioridad a producirse la contratación se sancione --incluso con el despido-- al trabajador por no proporcionar a la empresa tal información, se le estará castigando por el ejercicio de un derecho fundamental, dado que el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador. “Esto solo basta para declarar la nulidad de [la sanción impuesta] por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución”<sup>111</sup>.

Uno de los ejemplos paradigmáticos en torno a esta cuestión lo constituye el de las personas portadoras de los anticuerpos del VIH o que padecen la enfermedad del SIDA<sup>112</sup> (la pertinencia de la prueba para su detección queda limitada a supuestos de riesgo de contagio en el lugar de trabajo, lo que considerando las limitadas vías de transmisión hace que su carácter imprescindible se detecte en pocas ocasiones, especial y particularmente e algunas actividades de naturaleza sanitaria<sup>113</sup>), habiendo venido la doctrina judicial a establecer respecto a la situación de una trabajadora despedida por ser portadora de anticuerpos del VIH y no informar de tal circunstancia a la empresa cuando se establece que “no existe obligación de declarar que se es portador de los anticuerpos

<sup>110</sup> STSJ País Vasco 5 marzo 2002 (AS 2553).

<sup>111</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>112</sup> En torno a esta materia, GOÑI SEIN, J. L.: “El Sida y la relación de trabajo”, RL, núm. 17, 1997; SÁNCHEZ CARO, J.: “Las relaciones laborales y sida: algunas cuestiones a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, La Ley, núm. 6, 1998; SÁNCHEZ TORRES, E.: “Derecho a la intimidad médica del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y VIH/SIDA: el art. 22, ¿hacia la figura del ‘trabajador transparente’?”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1997 ó CARDONA RUBERT, M. B.: “Vulneración del derecho a la intimidad del trabajador afectado por SIDA en parte de alta médica”, AS, Vol. III, 1999.

<sup>113</sup> ROMERO RÓDENAS, M. J.: SIDA y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social, Madrid (Ibidem), 1995, pág. 166 y ss. o BALLESTER PASTOR, M. A.: “La vigilancia de la salud laboral”, cit., pág. 18.

<sup>108</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>109</sup> Al respecto, TASCÓN LÓPEZ, R.: El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión, cit., pág. 99.

del VIH o que se padece el SIDA; que ello está protegido por los derechos a la no discriminación y el respeto a la intimidad; que existe el derecho a la confidencialidad de los datos médicos; que existe el derecho a no informar al empresario de la condición de portador de anticuerpos VIH y también en este ámbito rigen los derechos a la confidencialidad e intimidad; que las personas infectadas con el virus no tienen la obligación legal de informar a nadie”<sup>114</sup>.

Puede producirse en determinados supuestos, además, un conocimiento (normalmente inexplicado en cuanto a su fuente y origen) por parte de la empresa de datos inherentes a la intimidad del trabajador, circunstancia que puede ser causa de posteriores sanciones o despidos basándose en una información adicional más detallada (relativa al estado de salud y dolencias del trabajador, origen de las mismas, etc.) a la que los servicios de prevención pueden, de acuerdo con la regulación legal, proporcionar al empresario.

Estos datos, se insiste, forman parte del ámbito protegido por la intimidad personal del trabajador y éste puede excluirlos legítimamente del conocimiento empresarial, aún cuando hubiera estado obligado a proporcionarlos a los servicios sanitarios encargados de la vigilancia de su salud.

En tales casos, la doctrina judicial ha entendido que, si el propio trabajador no ha proporcionado los mismos a la empresa ni ésta ha accedido a ellos con su consentimiento, existirán fundados indicios de un acceso no consentido a datos inherentes a la intimidad de aquél, los cuales pueden traer como consecuencia el acto de sanción o despido, por lo que

---

<sup>114</sup> En este sentido, “la Resolución 90/C10/02 del Consejo de Ministros de Sanidad de la UE de 22 de diciembre de 1989 indica que en materia de vivienda y seguros privados sería conveniente buscar soluciones que concilien los intereses económicos con el principio de no discriminación; que la OMS tiene declarado que la detección del VIH para fines de seguro u otros, es muy inquietante por sus posibles efectos discriminatorios y merece ser objeto de examen detenido y riguroso... [por lo que, en virtud de todo ello la trabajadora] no se hallaba obligada a desvelar que fuese portadora del virus del SIDA, ya que no padecía la enfermedad; que el interés de las aseguradoras a conocer este dato dará como consecuencia con la exclusión de las personas seropositivas de la suscripción de los seguros privados, lo que es claramente discriminatorio; que el derecho de las aseguradoras debe ceder frente a la confidencialidad de los portadores del virus, ya que no son derechos equiparables ni tienen la misma protección legal o constitucional”, STSJ País Vasco 5 marzo 2002 (AS 2553).

éste se habría producido vulnerando el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE.

Se produciría, en consecuencia, una doble vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador despedido, de un lado, “por cuanto se le sanciona por la empresa por el exclusivo hecho de ejercitar su derecho fundamental de exclusión de la acción y conocimiento de terceros de determinados datos” y, de otro, “por cuanto el conocimiento [de una enfermedad o lesión previa] que sirvió a la empresa para imputarle la omisión de información se obtuvo por la empresa de manera ilegítima, sin el consentimiento del propio afectado”<sup>115</sup>. Todo lo cual debe, inevitablemente, llevar a declarar la nulidad de la sanción impuesta.

Y, aun cuando se trate solamente de indicios, los mismos cumplen los requisitos necesarios “para producir la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondería a la empresa acreditar el origen legítimo de su información y conocimiento”<sup>116</sup>, tal y como ha venido a establecer reiterada doctrina del Tribunal Constitucional<sup>117</sup>.

En este sentido, en el proceso la prueba indiciaria se articula de manera que el trabajador “debe aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia”<sup>118</sup>. Bajo tales circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse<sup>119</sup>. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para

---

<sup>115</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>116</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>117</sup> Sirvan como ejemplo las SSTCo 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo.

<sup>118</sup> STCo 207/2001, de 22 de octubre.

<sup>119</sup> STCo 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero y 30/2002, de 11 de febrero.

justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador, que es lo que ocurre en este caso<sup>120</sup>.

## **VI.- LA REALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS POR FACULTATIVOS CAPACITADOS**

Como es lógico, y en uno de los más claros ejemplos de norma obvia, los controles periódicos o la vigilancia de la salud se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacitación acreditada<sup>121</sup>, no en vano se está haciendo referencia, aunque preventivas<sup>122</sup>, a actuaciones médicas.

La razón de la existencia de esta norma trae causa en el propio bien objeto de tutela, que no es otro que la salud. Ahora bien, cabe señalar que esta norma resulta susceptible de quedarse anclada en una mera declaración de buenas intenciones “si no existe una regulación que establezca cuándo esa competencia técnica, esa formación y esa capacidad deben considerarse suficientes y acreditadas y no se articule un procedimiento de constatación de esas virtudes”<sup>123</sup>. Aspecto cubierto en los artículos 10.c) LPRL (“corresponderá a las administraciones públicas... la supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deberá recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados”) y 37 RD 39/1997, de 17 de enero, que incluye entre las funciones de nivel

superior la vigilancia y control de la salud, estableciendo cómo los servicios de prevención “que desarrollen funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”.

Constituye, por tanto, un deber de quien es titular de la entidad productiva, pero que él mismo no podrá ejecutar de forma directa. La Ley de Prevención, en su artículo 31.3.f) encarga la vigilancia de la salud a los Servicios de Prevención, y el Reglamento de tales servicios (art. 9.2) vino a establecer que dicha vigilancia forma parte de la planificación de la actividad preventiva, encomendándola, a un tiempo, a personal sanitario de formación de nivel superior (art. 37.1.e) del reseñado Reglamento).

De acuerdo con la normativa, tal y como se reflejó, estos exámenes de salud incluirán cuestiones como un historial clínico laboral, una descripción detallada del puesto de trabajo, tiempo de permanencia en el mismo, riesgos detectados en el análisis o evolución de las condiciones de trabajo o puestos ocupados con anterioridad.

Partiendo de tales datos, el personal sanitario del servicio de prevención deberá analizar los resultados con criterios epidemiológicos, investigar las causas y proponer remedios, llevando a cabo un estudio específico de los grupos especiales de riesgo como pueden ser mujeres embarazadas, trabajadores nocturnos o menores<sup>124</sup>.

## **VII.- LA POSIBLE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

De acuerdo con el artículo 4.7 LPRL en la evaluación de riesgos deben ser consideradas, al margen de otras cuestiones, las características del puesto de trabajo que puedan aumentar los riesgos a que esté

<sup>120</sup> STSJ Castilla y León 21 marzo 2005 (AS 442).

<sup>121</sup> Como algún autor ha destacado respecto a la evidencia y obviedad de la norma “naturalmente que las actuaciones médicas preventivas deben realizarse por personal sanitario que reúna las debidas condiciones de competencia técnica, formación y capacidad”, FERNÁNDEZ MARCOS, L.: Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales..., cit., pág. 112.

<sup>122</sup> No cabe olvidar que la finalidad de los reconocimientos médicos contemplados en la LPRL obedece a un propósito estrictamente preventivo, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos”, TS, núm. 164-165, 2004, pág. 10.

<sup>123</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cit., pág. 150.

<sup>124</sup> Al respecto, LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.: Curso de Prevención de riesgos laborales, 6ª ed. (Actualizado a la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales), Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 88.

expuesto un trabajador y tener en cuenta todas las circunstancias biológicas y personales del trabajador. Obligación concretada con mayor nitidez en el artículo 25 LPRL, que ha venido a prohibir que nadie sea empleado en un puesto de trabajo que pueda ponerles en situación de peligro por razón de esas condiciones biológicas y personales o cuando se encuentren en situaciones transitorias que no respondan a las exigencias profesionales del puesto concreto a desempeñar.

La norma concibe, además, tales características personales en un sentido amplio, permitiendo así abarcar “cualquier circunstancia que pueda influir en la actividad laboral”<sup>125</sup>, sin necesidad, como ya se hizo constar, de que las dolencias traigan causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino que puede tratarse de otras comunes.

De tal forma, si la empresa detectara o conociera algún problema en la salud del trabajador, o recibiera de éste requerimientos y quejas sobre la cuestión, deberá actuar al respecto, adoptando las oportunas medidas de protección de su salud.

En caso contrario podría incurrir en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones “que pudiera justificar la resolución del contrato a través del art. 50.1.c) ET”<sup>126</sup>, pues la doctrina jurisprudencial<sup>127</sup> ha considerado que el continuado incumplimiento empresarial del deber de velar adecuadamente por la salud de sus trabajadores constituye causa suficiente para tal resolución indemnizada del contrato de trabajo.

## ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AA.VV. (ABELLA, J. G., Trad.): *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Madrid (Fundación

---

<sup>125</sup> “Incluidas características psicológicas o de personalidad como nerviosismo, ansiedad o estrés, entre otras”, MONJAS BARRENA, M.: “Extinción causal por incumplimiento empresarial del deber de protección de la salud del trabajador: del estrés laboral al trastorno ansioso depresivo moderado”, AS, núm. 7-8, 2005, págs. 43-44.

<sup>126</sup> STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).

<sup>127</sup> STSJ País Vasco 13 marzo 2001 (AS 4379); SSTSJ Madrid 10 diciembre 2002 y 14 enero 2005 (JUR 124938 y 84184) ó SJS núm. 33 de Madrid 14 enero 2001 (AS 1152).

BBV/Universidad de Deusto/Diputación Foral de Vizcaya), T. IV, 1994.

AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996.

AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada (Comares), 1998.

AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999.

AA.VV. (AGUSTÍ JULIÁ, J, Dir.): *Estudio de la Prevención de riesgos laborales*, Madrid (CGPJ), 1999.

AA.VV.: *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona (Masson), 2000.

AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir. y VICENTE PALACIO, A., Coord.): *Derecho del Trabajo*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid (Thompson/Aranzadi), 2005.

ALARCÓN CARACUEL, M.: “Los deberes del empleador en materia de prevención”, en AA.VV. (SALVADOR PÉREZ, F., Coord.): *La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Sevilla (Junta de Andalucía), 1997.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: “La vigilancia de la salud laboral”, *Social mes a mes*, núm. 116, 2006.

BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999.

BOTANA LÓPEZ, J. M<sup>a</sup>.; SAGARDOY DE SIMÓN, I.; FERNÁNDEZ MARCOS, L. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Civitas), 1997.

**CARDONA RUBERT, M. B.:** “Vulneración del derecho a la intimidad del trabajador afectado por SIDA en parte de alta médica”, *AS*, Vol. III, 1999.

**CAVAS MARTÍNEZ, F.:** “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. A propósito de la Sentencia del TC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196)”, *AS*, núm. 19, 2005.

**DE VICENTE PACHÉS, F.:** *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid (CES), 1998.

**FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.:** *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999.

**FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.:** *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid (Agencia de Protección de datos), 1997.

**FERNÁNDEZ MARCOS, L.:** *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid (Dykinson), 1996.

**FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.:** “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)”, *REDT*, núm. 82, 1997.

**FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.:** “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)”, *REDT*, núm. 82.

**FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.:** *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Oviedo (CES Principado de Asturias), 2005.

**GARCÍA MURCIA, J.:** “Derecho a la intimidad y bajas médicas: la anotación de las bajas médicas. Comentario a la STCo 2002/1999”, *Aranzadi TC*, núm. 13, 2000.

**GARCÍA SERRANO, A. y PEDROSA ÁLQUEZAR, S. I.:** *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1999.

**GARRIGUES GIMÉNEZ, A.:** “Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos”, *TS*, núm. 164-165, 2004.

**GONZÁLEZ BIEDMA, E. y GARCÍA FERNÁNDEZ, M.:** “Disposiciones de aplicación a la entrada en vigor de la Ley 31/1995: aspectos más destacados de los capítulos III y IV (Derechos y obligaciones; Servicios de Prevención)”, en AA.VV.: *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: su incidencia en la empresa*, Barcelona (Gestión 2000), 1996.

**GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.:** *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996.

**GOÑI SEIN, J. L.:** “El Sida y la relación de trabajo”, *RL*, núm. 17, 1997.

- “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *RDS*, núm. 5, 1999.

**GORELLI HERNÁNDEZ, J.:** “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J., Coords.): *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996.

**LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.:** *Curso de Prevención de riesgos laborales, 6<sup>a</sup> ed. (Actualizado a la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

**LOUSADA AROCHENA, J. F.:** “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada (Comares), 1998.

**MARTÍNEZ FONTS, D.:** *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002.

- “La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones”, *AS*, T. XIV, 2004.

**MONJAS BARRENA, M.:** “Extinción causal por incumplimiento empresarial del deber de protección de la salud del trabajador: del estrés laboral al trastorno ansioso depresivo moderado”, *AS*, núm. 7-8, 2005.

**PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.:** *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Madrid (CES), 2005.

**PÉREZ ALENCART, A.:** *El derecho comunitario europeo de la seguridad y salud den el trabajo*, Madrid (Tecnos), 1993.

**PURCALLA BONILLA, M. A.:** “Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico”, *AS*, núm. 22, 1998.

**RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.:** “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en AA.VV. (MONERO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, N., Dirs.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada (Comares), 2004.

**ROMERO CASABONA, C. M.:** “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993.

**ROMERO CASABONA, C. M. y CASTELLANO ARROYO, M.:** “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, *Derecho y Salud*, núm. 1, 1993.

**ROMERO RÓDENAS, M<sup>a</sup>. J.:** *SIDA y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social*, Madrid (Ibidem), 1995.

**SAGARDOY DE SIMÓN, I.:** “Artículo 22. Vigilancia de la salud”, en BOTANA LÓPEZ, J. M<sup>a</sup>.; SAGARDOY DE SIMÓN, I.; FERNÁNDEZ MARCOS, L. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Civitas), 1997.

**SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C.:** *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

**SAMPER JUAN, J.:** “La vigilancia de la salud laboral y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, en AA.VV. (AGUSTÍ JULIÁ, J, Dir.): *Estudio de la Prevención de riesgos laborales*, Madrid (CGPJ), 1999.

**SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.:** “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, *RMTAS*, núm. 53, 2004.

**SÁNCHEZ CARO, J.:** “Las relaciones laborales y sida: algunas cuestiones a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *La Ley*, núm. 6, 1998.

**SÁNCHEZ PEGO, F. J.:** “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 2, 1997.

**SÁNCHEZ TORRES, E.:** “Derecho a la intimidad médica del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y VIH/SIDA: el art. 22, ¿hacia la figura del ‘trabajador transparente’?”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1997.

- “El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL*, T. II, 1997.

**SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.:** *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid (Civitas), 2001.

**SEMPERE NAVVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.:** “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (MTAS), 2003.

**SERRA, C. y GARCÍA-GÓMEZ, M.:** “Vigilancia individual de la salud”, en AA.VV.: *Salud laboral*.

Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales, 2ª ed., Barcelona (Masson), 2000.

**TASCÓN LÓPEZ, R.:** *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid (Thomson-Civitas/APDCM), 2005.

**TOLOSA TRIBIÑO, C.:** “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL*, núm. 20, 1997.

**WIESE, G.:** “Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales”, en AA.VV.: *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, Madrid (Fundación BBV/Universidad de Deusto/Diputación Foral de Vizcaya), T. IV, 1994.

**ZANELLI, P.:** *Nuove tecnologie: legge e contrattazione collettiva*, Milán (Giuffrè), 1993.

# TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Elena Martínez Zaporta  
Abogada  
Master en Derecho Sanitario

**Índice:** I. Introducción. II. Riesgos de la Actividad Asistencial y Telemedicina. III. La Administración Electrónica y la Responsabilidad por los Riesgos de Gestión. IV. El Acto Médico y Telemedicina. V. Sociedad de la Información y Telemedicina: excurso. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN.

Se crea el “Sistema integral de Telemedicina”<sup>1</sup> en Andalucía en el año 1989, siendo una de las Co-

<sup>1</sup>En <http://www.epes.es/herramientas/Noticias/lstContenidos.asp?i=0&c=29&up=1&a=1&uh=3la> la Fundación EPES anuncia que la Consejería de salud y las diputaciones provinciales andaluzas han firmado un protocolo de colaboración para impulsar la Telemedicina, al cual se refieren así: “Este Proyecto de la Consejería de Salud comenzó a implantarse como experiencia piloto en el año 2000, y actualmente 41 centros de las provincias de Almería, Jaén y Málaga cuentan con equipos de telemedicina. El Sistema Integral de Telemedicina de Andalucía permite, a través de la transmisión de información e imágenes en tiempo real, que los ciudadanos de las áreas rurales puedan ser diagnosticados y tratados en su propia localidad por los profesionales de los hospitales de referencia en aquellas patologías que no pueden ser abordadas en sus respectivos centros de salud, ya sea por su complejidad o por la necesidad de atención a través de una determinada especialización.

Esta atención en tiempo real se realiza a través de una red que comunica audiovisualmente los distintos centros, y que permite la transferencia de imágenes y el envío de señales electrocardiográficas entre los centros de salud, los hospitales comarcales y los hospitales regionales. Un centro integral de comunicaciones en telemedicina se encarga de coordinar todo el proceso sanitario. El sistema de transmisión de imágenes permite que los facultativos de los centros de salud más alejados de los hospitales comarcales de referencia puedan consultar con los especialistas hospitalarios las imágenes radiológicas, TAC y ecográficas de sus pacientes, tanto en una consulta de urgencia como a través de una consulta programada. Estas imágenes se envían con un conjunto mínimo de datos sobre el paciente y el motivo de la consulta”. {Esta URL ha tenido acceso el 1/07/2007}.

munidades pioneras en su implantación. Ello se adelanta a la publicación del *Plan de Telemedicina del Insalud* que data de enero de 2000<sup>2</sup> por el que se pretende una absorción progresiva de las Nuevas Tecnologías en el servicio público de sanidad, que ha de servir a la atención de los pacientes y para el trabajo de quienes les atienden, debiendo cumplirse en su ejecución los criterios normativos de eficacia, eficiencia y calidad de la prestación sanitaria. No obstante, a lo largo del siglo pasado no era raro que la radiofonía o el teléfono estuvieran implicados en intervenciones a distancia, comúnmente practicadas en barcos u otros lugares donde la asistencia no podía lograrse presencialmente<sup>3</sup>. Continúa hoy esta

<sup>2</sup> Se puede descargar éste de la página del Ministerio de Sanidad y Consumo:

<http://www.ingesa.msc.es/estadEstudios/documPublica/pdf/telemedicina.pdf> {URL con acceso el 1/07/2007}. Está elaborado por la Dirección General y Organización y Planificación Sanitaria y la Subdirección General de Informática ambas del INSALUD, y la Subdirección General de Sistemas y Tecnologías de la Información del Ministerio de Sanidad y Consumo. Recuérdese que mediante el RD 840/22002, de 2 de agosto, se extingue el INSALUD y se crea el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

<sup>3</sup> PALAU, E., “Telemedicina: un intento de aproximación desde la gestión sanitaria.” *Revista española de Administración Sanitaria*. Vol.

puesta en escena mediante propuestas como la del portal “eSalud”, que aúna iniciativas nacionales y europeas, siendo ello recogido por la Organización Colegial Médica Europea<sup>4</sup>, y promovido y estudiado por diversas instancias surgidas en el ámbito de la Administración<sup>5</sup> y fuera de ella.

*Todos estos cambios están calando de forma muy desigual en sus destinatarios<sup>6</sup>, pues no sólo muy pocos saben qué es lo que se avecina, y porque la ciencia jurídica, una vez más, va con retraso respecto a la previsión de los problemas que pueden surgir<sup>7</sup>. Quiere esto decir que, la inmensa mayoría*

---

V, nº 19, año 2001, p. 428: “En sus inicios el término *Telemedicina* se utiliza en la denominación de una serie de prácticas o proyectos de utilización de las comunicaciones para intentar llevar la asistencia sanitaria a lugares donde el sistema tradicional no llegaba o lo hacía deficientemente, asociando el concepto a la “*medicina practicada a distancia*” como fórmula para superar barreras geográficas; así se tienen referencias del uso de sistemas de radiotelegrafía, en las primeras décadas del siglo XX, para la asistencia a tripulantes de barcos en alta mar, y, más adelante en los años cincuenta y sesenta se producen las experiencias de transmisión de electrocardiogramas y otros parámetros fisiológicos”. Para seguir la cronología de estos hitos, puede hacerse en el portal vertical <http://www.itelemedicina.com> {URL con acceso el 01/07/2007} que se inicia en 2004, conteniéndose en su web (pulsando sobre la pestaña *itelemedicina*) la siguiente información: “*itelemedicina.com* quiere colaborar en el impulso a la Telemedicina y propiciar su introducción ordenada y uso apropiado. Pretendemos facilitar la difusión de su conocimiento, seleccionando y estructurando los mejores contenidos de información disponibles en la red. Además, procuraremos incluir documentos, informaciones y servicios que se consideren de interés, ya sean de elaboración propia ó de otro origen (que será siempre convenientemente identificado). *itelemedicina.com* es un proyecto personal de Enrique Palau Beato, Doctor en Medicina, Especialista en Medicina Interna y Master en Alta Dirección de Organizaciones Sanitarias”.

<sup>4</sup> Vid. <http://www.cgcom.org>, en su apartado Internacional pueden leerse las Directrices que la Asociación Médica Europea elabora entorno a la propuesta telemédica. Ello se encuentra publicado en el diario Europa al Día, boletín nº 96 del año 2003. El enlace directo es la [http://www.cgcom.org/internacional/europa\\_dia/2003/pdf/boletin\\_96\\_tel\\_emedicina.htm](http://www.cgcom.org/internacional/europa_dia/2003/pdf/boletin_96_tel_emedicina.htm). {Con acceso a dicha URL el 01/07/2007}.

<sup>5</sup> Una muestra de ello se encuentra en los contenidos de la Revista eSalud –que es on-line-, siendo sus artículos pluridisciplinares ([www.revistaesalud.com](http://www.revistaesalud.com)), o en el portal [www.redtelemedicina.retics.net](http://www.redtelemedicina.retics.net), que es de actualización mensual, y en la que se exponen los avances sobre los resultados de los investigadores pertenecientes a 13 Comunidades Autónomas, y en la que se cuelgan periódicamente ofertas formativas específicamente dedicadas a desarrollar esta práctica {URL con acceso el 28-07-2007}.

<sup>6</sup> Profesionales sanitarios, estructuras públicas y pacientes.

<sup>7</sup> DE LORENZO Y MONTERO, R. Telemedicina y Derecho. [www.medynet.com/elmedico/documentos/anuario01/62-68.pdf](http://www.medynet.com/elmedico/documentos/anuario01/62-68.pdf) {URL con acceso el 28-07-2007}. Hoy la versión actualizada de esta revista electrónica es el diario El médico interactivo. Este abogado en el año 2001 –Anuario 2001 al que pertenece este artículo-, preconiza que debería contemplarse una progresiva adaptación de la ley para resolver controversias en la nueva relación médico-paciente que, era de aventurar, que fuera a experimentar cierta transformación.

*de las fuentes que nos va a dar a conocer esta disciplina se concentran, bien en relatar rigurosas previsiones técnicas, bien en dirigir recomendaciones más o menos formalistas al profesional, para introducirla progresivamente en los Centros adscritos al Sistema Nacional de Salud, descuidándose por el momento los aspectos legales. A fin de llegar a interceptar estas lagunas, hemos de partir de una sucinta exposición del panorama previo al que nos enfrentamos:*

- En primer lugar encontramos un concepto poco claro y bastante contaminado de lo que debe entenderse por “Telemedicina”<sup>8</sup>. Su literalidad sugiere que estamos hablando de alguna clase de tecnología aplicada a la medicina. Realmente el término literalmente concebido sólo significa que se ejercerá la medicina en particular y los servicios sanitarios en general mediante el uso de las TICs. Por lo que aunque explica la tecnificación de ciertas herramientas no supone un avance tecnológico más. Esta primera aproximación, por tanto, nos indica que las creaciones científicas tales como un acelerador de electrones en su día, o los modernos aparatos que administran la radioterapia, o los que se centran en el diagnóstico precoz de algunas enfermedades, no entran dentro de nuestro campo de estudio. Ello entra de lleno en el terreno de las invenciones, las patentes y, en sede de responsabilidad, y aunque entre en conexión con otros elementos que sean comunes a este trabajo, sean de origen personal o administrativo<sup>9</sup>, en el tratamiento del riesgo tecnológico o de desarrollo. La telemedicina en un sentido lato consiste en toda

---

<sup>8</sup> Y ello pese al esfuerzo de las organizaciones sanitarias, pues no en vano la han definido: la OMS, la Organización Médica Internacional, y varias entidades y asociaciones extranjeras sobre todo norteamericanas. Naturalmente también ha existido una importante aportación patria que encontramos en el Plan de Telemedicina creado por el INSALUD, que pasamos a transcribir: “Es la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones como un medio de proveer servicios médicos, independientemente de la localización de los que ofrecen el servicio y de los pacientes que lo reciben, y el intercambio de la información necesaria para la actividad asistencial”. Vid. p.p.17 y ss de dicho Documento. Para leer el resto de definiciones pueden acudir al portal: [www.itelemedicina.com](http://www.itelemedicina.com).

<sup>9</sup> No puede olvidarse que el Derecho Sanitario es por naturaleza multidisciplinar, por lo que el análisis de la conducta de los Agentes implicados, así como de los resultados lesivos no pueden contemplarse desde una única rama del ordenamiento jurídico. Tampoco el Riesgo de Desarrollo está ausente en el derecho administrativo: basta con leer el art. 144.1 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común, si bien creemos, que no va a poder recurrirse a él con el fallo del uso de las TICs.

clase de comunicaciones realizadas a distancia por medio incluso del teléfono –sea fijo o móvil-, pasando por los recursos que pone a disposición Internet –videokonferencias, correo electrónico, redes adaptadas entre consultas o Centros de Salud-, llegando hasta las transmisiones vía satélite, con motivo de una prestación de servicios sanitaria<sup>10</sup>.

- En una segunda aproximación es necesario complementar esta definición descriptiva y hacerla más compleja. En los albores, una comprensión sencilla de la Telemedicina es suficiente pues lleva a concluir que se trata de un instrumento de trabajo más al servicio del sanitario. De hecho no puede negarse su valor para resolver situaciones de urgencia –una llamada telefónica cuando el enfermo no se puede desplazar marcando el 061 ó el 112-, o para prestar asistencia en lugares aislados en los que no pueden contar con determinados profesionales –ejemplos en los que sólo se puede acudir a un solo facultativo que no es especialista, y además se encuentra aislado en su quehacer diario-. Así, comienza aceptándose como un remedio únicamente subsidiario ante determinadas circunstancias que impiden o hacen imposible prestar la asistencia debida presencialmente. Y ello con cobertura limitada a supuestos relacionados con la Atención Primaria y/o derivación a especialistas en zonas rurales, y a las citadas situaciones urgentes. Unos cuatro años más tarde los recursos telemédicos llegan a las especialidades haciéndose uso de los mismos para Dermatología, Radiología y Geriatria, principalmente<sup>11</sup>. Habiéndose popularizado y normado ya sobre el uso del teléfono (vid. Anexo IV del RD 1030/2006, de fijación de la cartera de servicios estatal: apartados 1 y 2.1 dedicados a la Atención Telefónica en la Prestación de Urgencias), el verdadero reto en la actualidad, está en cómo

en cómo favorecer y procurar la incorporación de Internet en la Administración sanitaria, donde adquiere un especial protagonismo la preocupación de la confidencialidad en la transmisión de datos: se realice ésta en tiempo real o por su retención o su digitalización.

El conocimiento de los usuarios se circunscribe a la obtención de su tarjeta sanitaria digital y a lo que se cuenta sobre ello en los periódicos o en las televisiones, en los que se anuncia a bombo y platillo, por ejemplo, el empleo de estos medios para la vigilancia de enfermos crónicos o de personas mayores con patologías degenerativas. Pero a lo que aboca definitivamente la Telemedicina es a constituirse como una técnica para la organización del trabajo, lo que impacta de lleno en los modos de gestión hospitalarios<sup>12</sup>. No sólo en lo tocante a las provisiones de aparatología, o para el diseño e instalación de intranets. Uno de los más afectados será el departamento de Recursos Humanos, no sólo en cuanto a la toma de decisiones de contratación o distribución del personal o sobre cómo llevarlo a cabo demandando nuevos Protocolos, sino también en la formación que habrán de recibir Médicos y Enfermeros –aunque sobre todo los primeros- que serán los que asumirán la ulterior responsabilidad de haber recurrido al procedimiento telemédico. Así esencialmente deberán ser abordados:

1. La previsible contratación de informáticos y otros ingenieros en los Hospitales, que puedan solventar cualquier contingencia que se presente en relación con la informática y sus equipos (piénsese en lo delicado de que no se pierda la comunicación durante una intervención a distancia en quirófano)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> No se pierda de vista que aunque en sus inicios –oficialmente si se quiere, en palabras del propio INSALUD- se reconoce la amplitud de la expresión, y aunque hoy día las Comunidades Autónomas han hecho importantes aportaciones, sigue sin enunciarse un perfil más concreto.

<sup>11</sup> PALAU, E. Op. cit. p. 431. El autor destaca su utilidad como elemento para el Diagnóstico, hablando literalmente de “Teleconsulta” y/o “Telediagnóstico”, como instrumento integrador entre los niveles de asistencia primaria y la especializada. Ello le permite acuñar el término “diagnóstico cooperativo”. Entre las Especialidades que cita como usuarias de estos servicios, además de las ya reseñadas, destaca: Radiodiagnóstico, Cardiología, Psiquiatría, Anatomía Patológica y Otorrinolaringología.

<sup>12</sup> Vid. p. 18 del Plan Nacional de Telemedicina elaborado por el INSALUD, y a la explicación de PALAU, E. Op. cit. p. 438: “Es necesario enfatizar el sustrato organizativo que comporta la práctica de estos procedimientos; no hablamos por tanto, de telemedicina como tecnología, sino de telemedicina como una nueva forma de organizar recursos, procesos, protocolos y de practicar la atención sanitaria (...)”.

<sup>13</sup> El Decreto 9/2005, de 25 de enero de 2005, publicado en el Diario Oficial de Castilla la Mancha núm. 20 el 28/01/2005, crea las categorías de: a) Técnicos Superiores de Sistemas y Tecnologías de la Información, b) Técnicos de Gestión de Sistemas y Tecnologías de la Información, y, c) Técnicos Especialistas en Sistemas y Tecnologías de la Información en el ámbito del Servicio de Salud de esta Comunidad (SESCAM), que es complementado posteriormente por la Orden de la

2. La adquisición de los programas y tecnología precisa para llevar a cabo las interconsultas, manejar datos de los pacientes electrónicamente o por vía telemática, lo que al mismo tiempo supone la correcta confección de la partida presupuestaria de costes dedicado a ello <sup>14</sup>.
3. Asumir una planificación de reciclaje para los que no tengan costumbre de utilizar estos modos, así como asegurarse que los nuevos contratados cuentan con el nivel teórico-práctico requerido para acceder a la telemedicina.
4. Programar la interacción de unos con otros, tanto en la división horizontal como vertical del trabajo, a fin de que no se produzcan descoordinaciones no queridas y se pueda garantizar el uso habitual y efectivo de los medios que se introducen.

Aunque es patente esta afectación a la organización y al modo de ejercer el trabajo de los sanitarios, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, no contiene en su articulado una referencia explícita al uso de las TICs. Su previsión, por tanto, habrá de hacerse a través de los planes y programas de gestión de cada Comunidad Autónoma, lo que, en nuestra

opinión, podría resultar insuficiente en razón de las numerosas dudas que esta cuestión está haciendo surgir, tales como:

1. Qué va a ocurrir con la Protección de Datos Personales en relación con el Derecho a la Intimidad de los Pacientes. En el ejercicio de cualquiera de las competencias de la Administración es consustancial a ella el manejo de “material informático sensible” perteneciente a sus administrados. De ahí que las redes a través de las que preste sus servicios a los ciudadanos, han de estar especialmente reforzadas para imposibilitar el acceso de personas distintas a sus titulares, o terceros a los que esta ley no se lo permite.
2. Cómo van a influir estas prácticas en la elaboración y en el tratamiento jurídico de la Historia Clínica. Ésta constituye el principal documento que conforma la relación entre médicos y pacientes, y no sólo para conocer el tratamiento a dispensar, sino también para colegir si el conjunto de la actuación sanitaria estuvo conforme a la *lex artis ad hoc* (=en ese caso concreto que describe la Historia). Se prevé que aparezcan problemas en cuanto a la determinación de la responsabilidad del “médico colaborador” en la distancia. Será necesario establecer los cauces o protocolos a través de los que plasmar su aportación obligatoria en cuanto al concreto servicio que se haya prestado. También se vislumbran discusiones en cuanto a los derechos de autor de esa documentación.
3. Qué normativa va a ser la aplicable tanto a la actividad electrónica del SNS y como a la Telemedicina en las Clínicas y Hospitales Privados. Nada obsta a que los centros de salud privados puedan realizar las mismas labores que los públicos. En materia de comunicaciones y prestaciones electrónicas únicamente tenemos la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, que excluye en su dictado a la Administración Pública, no habiéndose regulado hasta la fecha el particular. En prin-

---

Consejería de Sanidad de 08/09/2005, dice en su Exposición de Motivos: “Desde la publicación de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, la atención sanitaria prestada en las instituciones sanitarias ha experimentado una gran complejidad, tanto en el número de personas atendidas como en la calidad de la asistencia, con una mejora progresiva de la misma. Ello demanda unas estructuras sanitarias adecuadas y adaptadas a las necesidades del momento; lo que implica la utilización de nuevas técnicas de gestión, que necesariamente han de basarse en el tratamiento automatizado de la información que entre otras actividades comprende la administración y gestión de los sistemas informáticos y las telecomunicaciones, el soporte técnico a los usuarios, la seguridad informática, la implantación y extensión de las Tecnologías de la Información y de las Telecomunicaciones (TICs), la investigación y desarrollo de las técnicas informáticas en el entorno sanitario así como la implantación, pruebas y mantenimiento de las aplicaciones informáticas; tareas todas ellas que poseen sustantividad propia y que han de ser desarrolladas por personal no sanitario técnicamente capacitado (...)”.

<sup>14</sup> Evidentemente y aunque los aparatos que se utilicen (ordenadores, web-cams, escáner), puedan ser como los de uso doméstico, los programas y la creación de las intranets, tendrán que ser específicos para el ámbito sanitario, y sus contenidos y funcionamiento se habrán de divulgar para las personas que accedan a puestos de trabajo mediante oposición.

cipio es lógico concluir que los agentes de salud privados deberían acercarse a ésta y complementarla con las garantías que recoge la legislación sectorial sobre salud. No obstante, y por las características intrínsecas de esta materia, el maridaje resultante podría no ser lo suficientemente satisfactorio, al tener que aprovecharse las posibilidades de esa ley de manera un tanto forzada.

4. Cuál será la relación entre la Telemedicina y la Deontología. Aunque seguirá primando la labor presencial frente a la solicitada a distancia, las entidades Colegiales están afinando ya alguno de sus postulados deontológicos para guiar el proceder de sus colegiados cuando éstos tomen la opción telemédica. Y ello en cualquiera de las fases en que tradicionalmente se divide el acto médico: diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación.

Dicho esto, nuestro propósito en este estudio, es el de aventurar unas líneas maestras breves que nos permitan conocer si la Telemedicina tendrá alguna trascendencia en la configuración de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria, vinculando aquélla al ejercicio de la profesión del Médico fundamentalmente. Procurando, sin embargo, hacer una apuesta positiva: al mismo tiempo que se espera que la Sociedad de la Información dote de calidad y eficiencia al SNS, le sirva para acortar los plazos de las Listas de Espera, facilitar la petición de citas, prestar asistencia en puntos y lugares geográficos donde antes era impensable o dotar a sus empleados de mayores conocimientos; pueda encontrarse un punto de inflexión a partir del cual disminuya en número de reclamaciones, o si por el contrario nos encontraremos con otras distintas, y dónde debe quedar encuadrado *el funcionamiento fallido*<sup>15</sup> en caso de que se presente.

---

15 MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (Organización, imputación y causalidad)*. Civitas, Madrid, 2000, p. 248. Es una expresión creada por el autor, que de este modo pretende condensar el significado de la expresión constitucional "funcionamiento normal o anormal" del servicio público que ha causado un daño indemnizable, si bien dedicado a la Administración Sanitaria.

## II. RIESGOS DE LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL Y TELEMEDICINA.

Lo que supone identificar los "puntos flacos" de esta propuesta sobre los que deberá recaer mayor atención a la hora de utilizar estas técnicas.

Los arts. 106.2 CE y 139 y ss de la Ley 30/1992 –con las modificaciones sufridas por la Ley 4/1999- de Procedimiento Administrativo Común –en adelante LPAC-, configuran el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración cuando se les ha infligido un daño por el uso de sus servicios, aunque éstos hayan funcionado normalmente, salvo los supuestos de fuerza mayor y en los que se aprecie "riesgo de desarrollo" del art. 141.1 LPC<sup>16</sup>.

Pero al referirnos al servicio de Salud frente a otros de titularidad pública, no podemos sustraernos a las especificidades del mismo. Dicho de otra manera, no se puede olvidar que el cómo, cuándo y dónde depende en gran medida de los profesionales que dan vida al entramado sanitario: precisamente el criterio de actuación de éstos conforme a la *Lex Artis* es esencial para explicar el nexo causal y la realización del riesgo en el resultado dañoso, e imputar la responsabilidad patrimonial. Por ello, es evidente que un alto porcentaje tanto de la labor médica en sí, como de la organizativa, está concentrada en la evitación de sucesos de los que pueda surgir respuesta indemnizatoria, y que existe una estrecha relación entre ambas: art. 6.2 del Código de Deontología y Ética Médicas, obliga a los médicos a velar porque en el sistema sanitario se den los requisitos de calidad, suficiencia asistencial y mantenimiento de los principios éticos, incluso obligándoles a denunciar las carencias que aprecien en ese sistema (de instrumental, medios, personal, etc). Por ello y a los fines de localizar el enclave del riesgo telemédico, resulta

---

16 Consecuencia de no haber configurado en nuestra introducción la Telemedicina como una tecnología, es que si un resultado dañoso se produce con ocasión de su uso, no podría alegarse por la Administración esta causa de exoneración, que en ocasiones se puede presentar en los consentimientos informados u otros, a modo de "cláusula de progreso", según es descrita por el Prof. PRIETO MOLINERO cuando se aduce a ella expresamente en documentos contractuales (PRIETO MOLINERO, R., *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de responsabilidad por productos*, p. 294 y ss. Dykinson, 2005). En el mismo sentido, p. 150 de GUERRERO ZAPLANA, J. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*.

adecuado hacer una puntual clasificación de los “riesgos clásicos” que dividiremos en dos grupos <sup>17</sup>:

### **A: Riesgos típicos de la organización administrativa sanitaria <sup>18</sup> :**

- a. Riesgos inherentes al servicio: esto es, será diferente que el siniestro ocurra durante la prestación de Urgencias, o de la Atención Primaria o en la Especializada.
- b. Riesgos inherentes a la cualificación del personal: si se trata de un profesional especialista, o si éste se encuentra en el período de residencia o en prácticas.
- c. Riesgos derivados de la provisión de puestos de trabajo, para lo que se tendrá que estar: al número de especialistas reclutados, al número de trabajadores por planta, a la presencia en determinados turnos o para determinados días de fiesta de los “contratados de refuerzo”, etc.
- d. Riesgos que provienen de la maquinaria, el utillaje y la medicación en stock, donde son importantísimos los mantenimientos, las es-

---

*17 Las comillas son nuestras. El autor MIR PUIGPELAT, O. defiende la tesis en el capítulo de su obra ya citada y concretamente en la p. 249 y ss, que la responsabilidad de la Administración no es ilimitada. Ésta sólo debe de responder por los riesgos que siendo previsibles sean evitables (ya hemos dicho que sólo la fuerza mayor y el riesgo tecnológico son excepciones a la regla general). Si bien esto último está claro, cabría la posibilidad de responsabilizar al Estado por cualquier tipo de riesgo y ello sería ilegal e iría en contra del principio de seguridad jurídica. Por ello la responsabilidad administrativa sólo debe surgir cuando dichas previsiones dañosas tengan la suficiente entidad cualitativa y cuantitativa para ser jurídicamente relevantes. Esta postura resulta virtualmente útil al examinar la actividad sanitaria dado que ésta se encuentra “esencialmente ligada a riesgos y daños”, tratándose de “un sector de la actividad administrativa especialmente peligroso”. Concretándose por este estudioso que: “Los riesgos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria son de dos grandes tipos: riesgos inherentes al propio estado de salud de los pacientes, y riesgos creados por el propio servicio al intentar impedir que aquellos acaben convirtiéndose en resultados lesivos. Los riesgos generados por el servicio para combatir el delicado estado de salud de los pacientes son necesariamente muy elevados”. El enfoque de esta exposición obliga a que nos ocupemos de los segundos. En el mismo sentido y con el título, “Nexo causal y Juicio de previsibilidad” habla DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares, 2006, Granada. p.p. 21 – 27.*

*18 Con ello queremos referirnos a la función de gestión: planificación interna y externa, adquisiciones de bienes y contratación de servicios, actividad presupuestaria, tratamiento de la calidad, ... todo ello referido a la actividad sanitaria en su más pura vertiente de “servicio público”.*

terilizaciones, la provisión continua de material desechable obligatorio, los recuentos de provisiones y también que la aparatología sea retirada de los servicios cuando se advierta su desgaste y pérdida de funcionalidad.

- e. Riesgos legales de protección de la salud: hay un alto grado de especialización legislativa, de forma que habrá que perfilar muy bien los límites de las cuestiones referentes a la Salud Pública, no descuidar los supuestos en que se tiene que recoger el consentimiento informado por escrito, mostrar una atención especial por la custodia de los datos íntimos de los pacientes, así como velar por la adecuada aplicación del RD sobre las Listas de Espera.

### **B. Riesgos inherentes a la Actividad del Profesional Sanitario:**

- a. Riesgos derivados de la formación de los profesionales contratados <sup>19</sup>.
- b. Riesgos técnico-médicos en sentido propio: sintomatología que presenta el enfermo, comunicación con éste y recogida fiel de esta exploración en la Historia Clínica (su inobservancia podría dar lugar a un error de diagnóstico), así como el seguimiento prestado al Protocolo de aplicación.
- c. Riesgos derivados del incumplimiento de los deberes del médico, o incumplimiento de su obligación de medios. Pueden señalarse como tales: la falta de consentimiento informado, el haber proporcionado una información imprecisa o errónea sobre el tratamiento o una intervención, etc.
- d. Riesgos que tienen que ver con la integración del profesional en su centro de trabajo, considerado éste como el engranaje humano

---

*19 Evidentemente nos referimos no a la individual de cada uno que es previamente verificada por el Departamento de personal, sino de aquella que se especifica legalmente, por ejemplo –y sin perjuicio de otros– en los Planes de Carrera y Promoción.*

del plan de gestión a través del que se ejecuta la prestación sanitaria<sup>20</sup>.

Por ello, son los Centros de Sanidad los que como paliativo a los riesgos planteados en el bloque A:

1. Para disminuir los riesgos que traen causa en la práctica de la prestación en sí está previsto el uso de “Protocolos”<sup>21</sup>. Éstos homogeneizan el *iter* habitual de explotación o maniobra que con arreglo a los conocimientos y la *lex artis* debe de realizar el médico, enfermero o técnico. Se encuentran presentes en todas las especialidades, servicios, etc, y abarcan tanto a las pruebas diagnósticas, como a las intervenciones, los tratamientos, etc-. También contribuyen a reducir la aparición de estos sucesos las reglamentaciones internas existentes, por ejemplo cuando éstas se distribuyen para coordinar la Atención Primaria y la Especializada, u otras que, tomen la forma que tomen, tiendan a estandarizar prácticas y unificar procedimientos.

2. Para garantizar que el personal disponible – incluidos MIRs y los de prácticas- está suficientemente preparado para desempeñar las funciones que se les pide, es necesario que todos los puestos de trabajo y/o aprendizaje estén perfectamente delimitados, y que tengan claro en qué supuestos se estarían excediendo de sus cometidos, debiéndose incluso programar formación *ad hoc*.

3. El Departamento de Recursos Humanos junto con el de Dirección es el responsable de corregir las carencias de atención por acumulación de tareas o falta de personal. Por ello deberá estar atento a las necesidades del área que supervise, para hacer las solicitudes que procedan y colabore con la Dirección para ajustar el presupuesto bien por un aumento de horario o bien por un aumento de personal.

4. Tanto en los Centros Públicos como en los privados es obligatorio tener a punto el material quirúrgico y la aparatología<sup>22</sup>.

5. Se articulan mecanismos para hacer cumplir escrupulosamente la normativa de la que resulta destinataria la Administración para que las filtraciones de información o de otros temas como los relacionados con Salud Pública –contagios masivos, epidemias, presencia de virus hospitalarios, por ejemplo-, no causen alarma o daños a terceros, o ello no produzca una demora responsable.

Respecto al bloque que hemos titulado con la letra B, se ha de garantizar:

1. Que junto a una rigurosa formación de carrera –regulada a la sazón en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias-, en la que reviste capital importancia el acceso a las especialidades, se refuerza el sistema con las obligaciones dimanantes del Código Deontológico profesional. Tales obligan a no enfrentarse a casos o enfermedades que no se conocen o para las que no se dispone de suficiente experiencia.

2. Para usual complemento de la Historia Clínica<sup>23</sup> es habitual que todo el grupo de trabajo del Centro utilice a diario las “Hojas de Evolución de Enfermería”, en las que además de quedar incluida la exploración previa, los antecedentes y las alergias, se pauta el tratamiento, su administración por los enfermeros, la situación que presenta el paciente en cada turno, las manifestaciones de éste y su comportamiento, etc.

3. El profesional sanitario en el ejercicio de su cometido ha de tener presente lo que se ha denomi-

20 Recuérdese que los profesionales deben denunciar las carencias de cualquier servicio, así como la imposibilidad de llevar a cabo determinados tratamientos por no contar con el material o aparatología necesarios o porque éstos presenten un funcionamiento deficitario.

21 SISO MARTÍN, J. Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica (Un apunte jurídico dirigido a los profesionales sanitarios). Escuela Andaluza de Salud Pública, 2003, Granada, p. 44. No es el único que define a los Protocolos como la “positivización de la Lex Artis”.

22 Hay numerosa Jurisprudencia sobre el particular, por su claridad recomendamos la STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6458) en la que se condena al antiguo INSALUD “por no mantener en buen estado en material quirúrgico utilizado”. Durante una operación se desprendió un tornillo de uno de los separadores que utilizaba durante la misma el cirujano, y que quedó dentro del paciente causándole complicaciones de diversa consideración. No hay responsabilidad del especialista, pues el tornillo era minúsculo y era imposible haber reparado en él. Incluso se ha responsabilizado a la administración por daños causados ante el mal estado de conservación de un Hospital: STSJ Illers Balears, de 25 de octubre de 2006, AR 206/293666.

23 La cual sabemos que es el documento “estrella” donde se plasma la relación médico-paciente, está ya estandarizada para todos los Centros sanitarios sean públicos o privados.

nado “sus deberes”. Es curioso que, aunque éstos básicamente coinciden con los arts. 10 y 11 de la Ley General de Sanidad, realmente no tienen una naturaleza normativa porque proceden de la Deontología, pero son tan vinculantes como si estuvieran contenidos en preceptos legales.

4. Por la situación de garantes que estos profesionales ocupan frente al bien jurídico “salud”, no deben anteponer sus propias molestias con compañeros o con la organización, al desarrollo normal del servicio. Aunque es también la Deontología la que se refiere algo a ello: el origen de esta obligación se encuentra en el interés general y en el desarrollo del concepto de “grupo de trabajo” que los Tratadistas distinguen del de “equipo”, según tendremos ocasión de comprobar<sup>24</sup>.

Esta exposición dual tiene su razón de ser en lo siguiente: las circunstancias apuntadas en “B”, obligan al Facultativo a tener en mente un conjunto de previsiones y de prudencias, que en el caso de exacerbarse desembocarían en lo que se ha dado en llamar “Medicina Defensiva”<sup>25</sup>. Los puntos que hemos

24 A fin de acercar un poco la cuestión, daremos aquí un apunte básico. Es posible comprobar mediante la simple observación que en los Hospitales y Centros de salud la atención que recibe el paciente está dividida por categorías pero que en su fórmula organizativa es unívoca: no se firma un contrato distinto para recibir distintos servicios. Los enfermeros asumen que la administración del tratamiento pautado y de los cuidados pre y post operatorios les corresponden a ellos. Los Auxiliares saben que han de reponer el material continuamente, lavar a los enfermos, vestirlos y auxiliarles en lo que tengan encomendado. Aunque hay distintos “compartimentos” estos tienen en común la disposición que haya ordenado la Dirección del Centro a través de los Supervisores y los Jefes de Servicio. Ésta sería la explicación de “grupo de trabajo”, porque el trabajo en la Sanidad se recibe y ejecuta por un grupo de personas previamente organizadas. El término “equipo” designa a los componentes que se van a ocupar de una intervención puntual. Las relaciones que ligan a unos con otros pueden ser de carácter horizontal o vertical. Cuando en un quirófano o en el tratamiento intervienen varios especialistas hablaríamos de la primera (relación entre el cirujano y el anestésico), mientras que la segunda hace referencia a un solo especialista que dirige –y a veces hasta elige– a otros profesionales (enfermera instrumentista y circulante, u otros).

25 Lo que se traduciría en nefastos y nocivos efectos internos tales como: el aumento de la burocratización, el posible abandono de quien no tiene curación o se encuentra en fase terminal, o en el uso masivo de pruebas diagnósticas para descartar patologías con el consiguiente exceso de sufrimiento de la persona, entre otros peligros que los Tratadistas y los Directivos advierten. También se prohíbe expresamente en el Código de Ética y Deontología Médicas en el art. 18.2. Definen el concepto, entre otros, GUERRERO ZAPLANA, J. *Las Reclamaciones por la Defectuosa Asistencia Sanitaria*. Lex Nova, Madrid, 2003, p.p. 41 y ss. MIR PUIGPELAT, O. *Op. cit.*, p. 284 (nota 417), expone perfectamente los numerosos perjuicios que ello puede acarrear distinguiendo varios perjuicios: a pacientes, a médicos o enfermeros e incluso al propio progreso de la medicina.

incluido en “A” excluirían la ulterior reclamación de lo pagado al agente que estaba en conexión directa con el damnificado al producirse el daño<sup>26</sup>. Empero no son compartimentos estancos sino que pueden comunicarse entre sí.

Hasta la fecha, la acción conjunta de los departamentos de Prevención de Riesgos y Recursos Humanos para la elaboración de planes y programas de salud, así como la normativa *ad hoc* que ha jalonado este sector se ha impregnado de esta filosofía<sup>27</sup>. Sin embargo la Telemedicina sólo se menciona en alguna norma reguladora de competencias administrativas<sup>28</sup>, y aunque se va teniendo mayor o menor experiencia –según la Comunidad Autónoma– en ella y está perfectamente evaluada en cuanto a costes y utilidades<sup>29</sup>, carece de regulación.

26 Esto es, evitaría lo que GUERRERO Y ZAPLANA, J. *Op. cit.*, denomina la “acción de regreso” de la Administración, p. 144. La posibilidad de resarcimiento de ésta frente al auténtico agente causante se encuentra en el art. 145.2 LPAC.

27 En general es tendente a regular la producción de sucesos adversos, anticiparse a ellos o encauzar sus efectos. Puede citarse como ejemplo el RD 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de las Listas de Espera, o la importante aportación que a todos los niveles supuso la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente. Podríamos decir que esta normativa se ocupa perfectamente de la prevención de los “riesgos sistémicos”.

28 DE LORENZO Y MONTERO, R. *Op. cit.* p. 63. “La telemedicina sólo está presente en las normas que regulan las competencias administrativas, señaladamente en el Real Decreto 2017/2000, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, que atribuye la competencia sobre, literalmente, la telemedicina a la Secretaría General de Telecomunicaciones, y también en las normas reguladoras del otorgamiento de subvenciones a la investigación, aquí bajo diversas denominaciones, fundamentalmente Biomedicina”. Las únicas aplicaciones telemáticas que entonces y ahora están mencionadas más que reguladas son las del servicio de atención telefónica como hemos visto en nuestra introducción.

29 El art. 21.2 de la Ley de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) atribuye la investigación sobre técnicas, procedimientos, etc, a la Agencia Española de Tecnologías Sanitarias del Instituto Carlos III. Téngase en cuenta la modificación introducida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y de los productos sanitarios. Ésta ha de actuar en colaboración con los organismos de las Comunidades Autónomas (es decir, otras Agencias de Evaluación). Vid.

[www.pmfarma.com/noticias/noticias/noti.asp?ref=5460](http://www.pmfarma.com/noticias/noticias/noti.asp?ref=5460) {URL con acceso el 28-07-2007}. Se trata de una noticia de esta página web de 12 de enero de 2006 en la que, esta Agencia, en colaboración con la empresa de servicios de telemedicina “Emminens Healthcare Services”, “evaluarán si realmente, la telefonía móvil e Internet son eficaces a la hora de mejorar la toma de decisiones médicas y en el seguimiento de la diabetes”. El objeto del estudio en el que participan 80 pacientes de la diabetes tipo 2, tiene como finalidad conocer el verdadero potencial de la Telemedicina para controlar las enfermedades crónicas, y plantear alternativas válidas para su control, el impacto en la calidad de vida del paciente para ser más autónomo y proporcionarle más independencia. Otro de los objetivos que ha de cumplir es que debe facilitar la gestión

Esto supone encontrarnos “en blanco” a la hora de identificar si con sus aplicaciones estamos introduciendo o no, riesgos propios que colocar en las listas que hemos diseñado que, más allá de las previsiones estrictamente económicas o inversionistas, han de ser también evaluados y contrarrestados. Por lo que, advirtiendo estas limitaciones, vamos a realizar una propuesta de estos riesgos a fin de vaticinar el remedio y determinar a quién correspondería su evitación.

*A priori* creemos que la Telemedicina podría entrañar un doble riesgo:

a) De un lado los elementos de software, los ordenadores, los aparatos de transmisión de imágenes y las configuraciones de las redes –sean intranets u otras- deberán estar adecuadamente blindadas para que nadie pueda acceder a los datos íntimos de los pacientes, en cumplimiento de la Ley de Protección de Datos y de las Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales. El personal administrativo y sanitario deberá conocer el manejo de estos elementos que habrán de tener un discreto pero efectivo control por el Centro en que se ubiquen<sup>30</sup>.

b) De otro, los profesionales no deberán albergar dudas sobre cómo desempeñar las actividades de diagnóstico, pronóstico, tratamiento e intervención/rehabilitación con estos medios. Pero no sólo

---

*del tiempo del profesional sanitario, facilitar también el contacto entre el médico y el paciente, así como disminuir los efectos perjudiciales que padecen los enfermos crónicos en relación con las largas listas de espera, las hospitalizaciones y el coste farmacológico.*

*Han de tenerse en cuenta también las modificaciones introducidas por el RD 590/2005 de 20 de mayo, por el que se modifica el Estatuto del Instituto de Salud “Carlos III”, aprobado por el RD 375/2001, de 6 de abril.*

*Exponente de lo que comentamos es sin duda el Informe presentado en Santiago de Compostela en noviembre de 2003 sobre “Teledermatología, Store-and-forward” por la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. En él lo que se pretende es ofrecer resultados de la concordanza diagnóstica del sistema de teledermatología de tipo “Store-and-Forward” con los resultados anatomopatológicos de las biopsias, al mismo tiempo que sirve para determinar el grado de satisfacción de los pacientes y médicos con este sistema de “teledermatología”. Puede descargarse el mismo en [www.sergas.es/cas/Docs/avalua-t/pdf7-62.pdf](http://www.sergas.es/cas/Docs/avalua-t/pdf7-62.pdf). {URL con acceso el 28-07-2007}*

*30 Como exponente para reforzar la interrelación que hemos apuntado entre los dos “bloques” señalados más arriba, que el art. 17 del Código de Deontología y Ética Médica español, establece la responsabilidad del médico en el uso de las aplicaciones informáticas que utilicen, citándose expresamente que los bancos de datos extraídos de historias clínicas jamás deben conectarse a una “red informática no médica”.*

eso: a ellos se les encomienda la difícil tarea de decidir en qué momento se debe acudir a ella. Uno de los puntos más complicados de resolver en la práctica, está en la manera en que se debe proceder para recabar el consentimiento informado y quien queda vinculado a su emisión. Ello determinará la posición en la que quedan el “médico colaborador” y el “médico consultor” respecto del paciente dañado.

Tales son las líneas a las que vamos a tratar de dar luz en los siguientes epígrafes, estando aún en un terreno bastante impredecible y sin regulación concreta.

### **III. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS RIESGOS DE GESTIÓN.**

Fruto de la transposición para nuestro país de la Directiva sobre Comercio Electrónico 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio, el 11 de Julio de 2002 se aprueba la Ley de los Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI)<sup>31</sup>. Ésta reglamenta los intercambios de las empresas entre sí o con destino a consumidores, denominándose “prestadores” a los que realizan una concreta operación relacionada con su actividad comercial o de servicios a través de medios electrónicos.

Su promulgación era necesaria puesto que: 1) La normativa más “cercana” a la nueva realidad virtual era la Ley de Compraventa de Muebles a distancia, cuyos preceptos no servían y no se podían acomodar bajo ningún caso a la prestación de servicios; 2) La notable inseguridad jurídica que rodea al entorno virtual: empresas de localización incierta, dificultad de reclamación de derechos o sobre productos, recelos hacia los medios de pago por temor a estafas, etc; 3) Adaptar los arts. 9 y ss del Código civil para posibilitar la resolución de controversias como: ley del contrato celebrado, jurisdicción competente, ejecución de sentencias y otros.

El art. 2 LSSI define que el objeto de esta ley lo constituyen los servicios prestados a distancia por

---

*31 La Disposición Final 6ª indica que: “Esta Ley se dicta al amparo de los arts. 149.1 6ª, 8ª y 21ª CE”.*

vía electrónica, a petición del destinatario del servicio y normalmente a cambio de una remuneración – también tienen cabida servicios gratuitos para el solicitante-. Aunque este esquema no es diferente en apariencia, a cualquier solicitud que se deduzca hacia la Administración y que ésta pueda resolver telemáticamente, este texto no le es aplicable<sup>32</sup>.

La creación de unas redes administrativas que permitan acercar el aparato burocrático a los ciudadanos así como las prestaciones y los servicios públicos desde que se populariza mundialmente el uso de las TICs, es una demanda no sólo propulsada por Europa sino también por organizaciones internacionales como la OCDE<sup>33</sup>. Esto propicia la aprobación de “INFO XXI”<sup>34</sup>, primero de los pasos para conseguir dicho propósito. El segundo paso importante es la iniciativa *España.es* que se aprueba por el Consejo de Ministros en julio de 2003, en el que se concretan un conjunto de acciones y proyectos con el fin de impulsar el desarrollo de la Sociedad de la Información en nuestro país<sup>35</sup>. La tercera etapa, por así decirlo, la protagoniza el proyecto *Conecta* aprobado en el año 2004 y con dotación presupuestaria hasta el año 2007<sup>36</sup>. En el momento actual el Gobierno se encuentra en el desarrollo de una cuarta, que es el

proyecto *Moderniza* engrosado con un paquete de medidas de actuación para los años 2006 – 2008 que, si bien tratan de consolidar lo obtenido con la ejecución de las propuestas anteriores, se prevé como colofón la elaboración de la tan esperada Ley de la Administración Electrónica<sup>37</sup>. Los Ministerios con mayor participación directa han sido y son: el citado Ministerio de Administraciones Públicas, el de Asuntos Exteriores y el de Tecnología y Comunicación<sup>38</sup>.

Todos estos proyectos están dominados por unas preocupaciones centrales a las que en cada uno se le trata de dar mayor o menor solución, pero que persisten en la actualidad, cuales son:

1. Evitación del error técnico.
2. Eliminación del riesgo de atentar contra la privacidad de las personas.
3. Existencia de restricciones presupuestarias para invertir en la contratación de los bienes y servicios.
4. Tratamiento de la denominada “fractura tecnológica”, expresión acuñada para definir el hecho de que haya unas regiones que están más preparadas y dotadas de mayores presupuestos para adoptar esos medios.
5. Cómo afrontar la descoordinación entre Administraciones.

32 Hace suya esta observación CERRILLO I MARTÍNEZ, A. en su aportación, “La Administración Electrónica”, en la obra conjunta *Derecho y Nuevas Tecnologías*. UOC, Barcelona, 2005. p. 263, que explica que lo aparentemente semejante no es así. Los entes administrativos pertenezcan al Estado, a las CCAA, o a las CCLL tienen obligaciones para con sus ciudadanos sobre todo informativas (art. 105 b) CE). El autor utiliza como punto de partida el comentario a los arts. 38 y 45 LPAC, y art. 103.2 CE para apuntar un efecto del Estado de Bienestar que el aparato público en su conjunto ha de garantizar al ciudadano: la eficiencia en la realización de los objetivos públicos. El Plan eGovernment o de la eAdministración –en España- no es un proyecto empresarial, sino que lo que propugna es el ahorro de costes y trámites a los ciudadanos en sus relaciones con el sector público. Y aunque muchas de las peticiones de estos últimos serán gratuitas, cuando no lo sean llevarán aparejada una Tasa y no un precio establecido por el libre mercado como ocurre con los prestadores sujetos a la LSSI.

33 Son las siglas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de la que forman parte 30 países entre ellos España.

34 El programa “INFO XXI. La Sociedad de la Información para todos. Iniciativa del Gobierno para el desarrollo de la Sociedad de la Información”, fue aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 1999. Vid. [www.infoxxi.es](http://www.infoxxi.es). {URL con acceso el 28-07-2007}

35 Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p. 243: “Entre las áreas de actuación previstas está “Administración.es” cuyo objetivo es dar un impulso definitivo a la Administración Electrónica que favorezca la plena integración de las nuevas tecnologías en la prestación de servicios públicos.”

36 CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p. 244.

37 Un panorama más descriptivo y detallado se puede obtener accediendo a la web del Ministerio de Administraciones Públicas: [www.map.es/indicativas/mejora\\_de\\_la\\_administracion\\_general\\_del\\_estado/moderniza.html](http://www.map.es/indicativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/moderniza.html). {URL con acceso el 28-07-2007}. Otras previsiones son: aprobar un nuevo Estatuto del Funcionario Público, establecer planes específicos para la modernización conjunta de la Administración Periférica, Autonómica y Local, así como para la realización de la Red 060 o Red de Oficinas Integradas, y la digitalización de miles de documentos que ahora se encuentran en papel. Dice al respecto GUILLEN CARAMÉS, J., p. 249: “Si bien es evidente que la Administración está llamada a desempeñar un papel fundamental para la consecución de estos objetivos, no es menos cierto que para lograrlos, el propio aparato burocrático del Estado necesita una profunda modernización para adecuar sus actuaciones a este nuevo tipo de sociedad. Así, por un lado, las Administraciones Públicas deberán promover un marco regulatorio específico para evitar que las distintas fuerzas del mercado resulten en situaciones de desigualdad social o territorial (...)”.

38 Lo que se lleva a la práctica a través de un entramado de Direcciones Generales pertenecientes a éstos, que no exponemos por exceder el contenido del presente estudio.

6. Se corre el riesgo de hacer desaparecer las garantías de la Administración frente a los ciudadanos<sup>39</sup>.

Tales premisas pueden ser perfectamente trasladadas y contrastadas en el seno más específico de la Administración Sanitaria, lo que pasamos a analizar a continuación en sede de Responsabilidad Patrimonial:

1. Evitación del error técnico. Al margen de lo imprevisible, por lo general los fallos en tecnología se producen por intervención de un tercero –sea por negligencia o por incumplimiento– con los que la Administración ha contratado el servicio de mantenimiento o una determinada prestación electrónica o informática. Éste puede surgir perfectamente en el curso de la actuación telemédica. La totalidad de la Doctrina está conforme con que en estos casos el ente público deberá satisfacer íntegramente la indemnización a la víctima, si bien gozando aquel de la acción de regreso para recuperar de ese tercero responsable la cantidad pagada<sup>40</sup>.

El vínculo jurídico habitual entre la Administración y los terceros es mediante las subcontratas, por lo que, dado el carácter técnico de estos servicios, lo más prudente a la hora de redactar el contrato es que se perfilen su objeto y las obligaciones de las partes, de la manera más sencilla y comprensible posible<sup>41</sup>. No obstante y, como consecuencia del gran número de servicios que la entidad pública va a prestar, ade-

más de contratar a su cargo a informáticos u otro personal técnico –lo que hemos visto ya que es consustancial a la naturaleza del fenómeno telemédico se configure o no mediante un software de programación exclusiva–, se recurrirá también a la subcontratación con las empresas especializadas en la Sociedad de la Información, reguladas en la LSSI que las denomina *intermediarios*<sup>42</sup>: lo que preconiza una producción masiva de esta modalidad de contratación.

Si el hecho dañoso parte del incumplimiento de las obligaciones impuestas al técnico –laboral o funcionario– por la Administración, ésta responderá de la misma manera que si un médico descuida la *lex artis* (sin perjuicio de la acción del art. 145.2 LPAC). Pero si procede del incumplimiento del contrato de prestación de los mencionados servicios la responsable completa será la empresa: y esto por cuanto que lo lógico es que sea ésta la que señale las condiciones del servicio prestado y no que siga instrucciones de la Administración.

2. Eliminación del riesgo de atentar contra la privacidad de las personas. Hemos avanzado ya que no sólo los Hospitales custodian información personal “sensible”, sino que ello es habitual en todo el sector público<sup>43</sup>. Este punto es tal vez en el que mejor se advierte la objetividad de la responsabilidad patrimonial, puesto que, depositados estos datos, no generan una mera tenencia sino la obligación de su custodia a fin de que otros sujetos terceros<sup>44</sup> no puedan chantajear al afectado aprovechando su conteni-

39 En el mismo sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p. 233, 234 y 236, en la que se recogen estas palabras: “Actualmente, las buenas prácticas en muchos países ya han demostrado que la Administración electrónica es un medio poderoso para prestar servicios públicos de mayor calidad, reducir los tiempos de espera, y mejorar la rentabilidad, aumentar la productividad y la transparencia, y la responsabilidad”.

40 Adviértase que estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria: p. 312 de MIR PUIGPELAT, O., Op. cit. nota 476. Se anota que esta opinión es respaldada por los profesores, GARCÍA DE ENTERRÍA, MARTÍN REBOLLO y SÁNCHEZ MORÓN. Este grupo de supuestos también son habituales en los daños producidos como consecuencia de una “concurencia de causas”: a veces la responsabilidad puede moderarse si se concluye que el resultado se agravó por otras circunstancias que eran concurrentes, tales como medicamentos en mal estado o administrados en dosis erróneas, uso de aparatos en los que no se ha reparado que existe un defecto previo (no nos referimos aquí al mantenimiento defectuoso), etc. También se pueden consultar las p.p. 125 y 126 de GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Lex Nova, 2003.

41 Las aclaraciones técnicas y otras precisiones necesarias deben recogerse en un Anexo adjunto.

42 Son las que están dedicadas a la provisión de servicios de acceso a Internet, en general o en particular, como el caching o copia temporal de páginas web, el alojamiento o hosting, o las que pueden facilitar enlaces para ampliar informaciones o linking. Para seguir los criterios de contratación de estas acciones se puede acudir a la web, [www.red.es](http://www.red.es), {URL con acceso el 28-07-2007} donde, sin embargo, se publicita el “principio” de “software libre y fuentes abiertas”. Especialmente interesante es la aprobación en el año 2002 de una Recomendación por parte de la Comisión Europea a nuestra AGE (que son las siglas de Administración General del Estado), quien aconseja actuar resolviendo un clásico e histórico problema económico: la optimización de sus recursos limitados cuando entre en contacto con los proveedores de estos bienes y servicios, no obstante procurando “la independencia tecnológica de la administración”.

43 Si bien es normal que esto sea así, son Sanidad y Hacienda quienes manejan aquellos que se nos hacen más influyentes.

44 Por “terceros” entendemos cualquier persona física o jurídica no perteneciente o vinculada contractualmente con la Administración sanitaria.

do. Una STS (Sala 1ª) de 27 de enero de 1997, condena al INSALUD porque uno de sus centros perdió la Historia Clínica de un paciente, la cual llegó a manos de ajenos los cuales previamente chantajearon al interesado y posteriormente difundieron que éste estaba infectado por el virus del SIDA. Lo jurídicamente relevante de que esto ocurra es que la acción de estos terceros no puede interrumpir la imputación de la responsabilidad: porque se realiza en el resultado dañoso lo que motiva la imposición del deber de la más estricta confidencialidad, la cual es exigible a todo el personal que tenga que entrar en contacto con esos datos<sup>45</sup>.

Por ello existe una honda preocupación al tenerse que manipular electrónicamente los soportes donde se relacionan esas intimidades. De ahí que estemos asistiendo al nacimiento de distintos organismos de certificación debidamente acreditados, y de ahí también una de las explicaciones de la finalidad de la publicación de la Ley sobre Firma Electrónica.

Por el exceso de celo que debe perseguir la consecución de este objetivo, se sienta un precedente con las *Directrices de la OCDE para la Seguridad de Sistemas y Redes de Información (Hacia una cultura de Seguridad)*<sup>46</sup>. En este documento no sólo hay una referencia al modo de poner en marcha la eAdministración, sino que ésta debe de ayudar y estimular a las empresas prestadoras para que cumplan estos objetivos. Es interesante por las previsiones y recomendaciones que recoge que también contarán en el uso de las redes sanitarias<sup>47</sup>:

- Concienciación de que “los sistemas y redes de información pueden verse afectados tanto por riesgos internos como externos. Los participantes deben comprender que los fallos en la seguri-

dad pueden dañar significativamente los sistemas y redes que están bajo su control. Deben asimismo ser conscientes del daño potencial que esto puede provocar a otros, derivados de la interconexión y la interdependencia”.

- Responsabilidad “implícita” en la salvaguarda de la seguridad de los sistemas y redes de información, dictándose que, prudentemente se habrá de procurar: a) la revisión de las políticas, medidas y procedimientos de manera regular y si éstos son apropiados al nuevo entorno<sup>48</sup>; b) a obligar a aquellos que “desarrollan, diseñan o suministran productos o servicios a elevar la seguridad de los sistemas y redes”.
- Establecimiento de alertas para prevenir, detectar y responder a los incidentes que afecten a la Seguridad.
- Promoción de comportamientos éticos: “Debido a la permeabilidad de los sistemas y de las redes de información de nuestras sociedades, los participantes necesitan reconocer que sus acciones o la falta de éstas, pueden comportar daños a terceros. Es crucial mantener una conducta ética, debiendo los participantes hacer esfuerzos por desarrollar y adoptar buenas prácticas y promover conductas que renazcan la necesidad de salvaguardar la seguridad y respetar los intereses legítimos de terceros”.
- Implantar técnicas para evaluación de los riesgos y los dispositivos adecuados para su medición: identificación de amenazas y vulnerabilidades, definición de los niveles de seguridad, que cuiden aspectos relacionados con las interconexiones entre las Administraciones, etc<sup>49</sup>.

---

45 Las profesiones sanitarias colegiadas (médicos y enfermeros) deontológicamente tienen también la obligación de guardar el secreto profesional.

46 [www.mae.es/Representaciones/OCDE/es/MenuPral/La+OCDE](http://www.mae.es/Representaciones/OCDE/es/MenuPral/La+OCDE). {URL con acceso el 28-07-2007} La OCDE elabora informes y recomendaciones que orientan en su actuación a las Administraciones Públicas y a los Gobiernos de los Estados firmantes. El Informe que hemos reseñado se adoptó como Recomendación del Consejo de la OCDE en su 1037 sesión de 25 de julio de 2002.

47 A continuación, en cursiva, transcribimos varios fragmentos de las páginas 7 y 8 del documento citado (ha sido traducido por los servicios de traducción de la OCDE).

---

48 Lo que, en nuestra opinión, equivale a tener que legislar forzosamente sobre el particular.

49 De lo que hablamos es de la consecución de la seguridad en los sistemas, como elemento esencial de su buen funcionamiento. También es crucial que, una vez obtenida, la seguridad se gestione con fórmulas dinámicas que sirvan para proceder a “re-evaluaciones” periódicas: “De manera constante se descubren nuevas amenazas y vulnerabilidades. Los participantes deberán en este sentido, revisar y evaluar, y modificar los aspectos de la seguridad de manera continuada, a fin de poder enfrentarse a riesgos que siempre están en evolución permanente”.

¿Podría exonerarse de responsabilidad a la Administración si demuestra que con el estado de los conocimientos no han podido evitarse, una determinada filtración, o la destrucción o pérdida involuntaria de datos? En nuestra opinión la respuesta debe ser negativa. Creemos que no podría asimilarse esta situación a la del riesgo tecnológico, pues ya se sabe que los virus creados por hackers son habituales, se generan con inusitada frecuencia, y resultan ser poderosas invenciones de su autor<sup>50</sup>. Tampoco tiene encaje en la fuerza mayor<sup>51</sup>, por lo que la respuesta indemnizatoria es segura.

3 y 4. Restricciones presupuestarias y “fractura tecnológica”. Gran parte del tratamiento del Sector Público se realiza en términos de gestión en cuanto a sus formas, métodos, canalización<sup>52</sup> de objetivos por actividades, etc. Es inherente al mismo su escasez de recursos. Desde antaño la Jurisprudencia no ha dejado de responsabilizar a la Administración por daños que traían causa en restricciones presupuestarias<sup>53</sup>. La adopción de las TICs comporta que habrá que promover la adquisición de medios electrónicos, informáticos y telemáticos<sup>54</sup>. Una vez dispuestos y conectados permitirá, por ejemplo, que los Centros de Salud en los que se lleva a cabo la Atención Primaria puedan enviar inmediatamente cualquier prueba

practicada al paciente, de manera que cuando llegue al Hospital y sea atendido por el especialista, éste haya ganado tiempo por no tener que volver a practicarla; o, extraerse la Historia Clínica de cualquiera desde cualquier punto del SNS<sup>55</sup>.

Se crean así ventajas para la Administración Sanitaria representado por “ahorros de tiempo” que pueden ser cruciales para salvar la vida<sup>56</sup>, mejorándose la calidad y eficacia del servicio.

El problema está aquí en determinar si todos los Centros han de estar equipados con estos medios. El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las condiciones generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, no contempla nada de esto.

Este reglamento tiene su fundamento constitucional en el art. 149.1.16ª CE (Vid. su Disp. Final nº 1) y está previsto como norma de desarrollo en los arts. 26.2 y 27.2 LCCSNS y art. 29.1 LGS. Las autorizaciones han de ser otorgadas por resolución de la Comunidad Autónoma que se trate, y lo mismo para la apertura de centros públicos que privados (art. 1). El art. 2 se dedica a las definiciones<sup>57</sup>. El apartado f) de este último dice que los requisitos para ser autorizado son: “*requerimientos expresados en términos cualitativos o cuantitativos, que deben cumplir los centros, servicios y establecimientos sanitarios para ser autorizados por la Administración sanitaria, dirigidos a garantizar que cuentan con los medios técnicos, instalaciones y profesionales adecuados para llevar a cabo sus actividades sanitarias*”. Más adelante el art. 4.2 indica que: “*Los requisitos mínimos podrán ser complementados en cada comunidad autónoma por la Administración sanitaria correspondiente, para los centros, servicios y establecimientos sanitarios de su ámbito*”. Se remata esta

<sup>50</sup> Los virus informáticos examinados a la luz de los “derechos de autor” serían perfectamente protegibles por su técnica y originalidad: si se deniega esta protección es porque su finalidad es antijurídica.

<sup>51</sup> Más bien se podría hablar de “caso fortuito” (acaeció un hecho que no ha sido previsto, pero que de haberlo sido se podría haber evitado) que sí entraña responsabilidad para la Administración.

<sup>52</sup> Como lo es el elegir la creación de una entidad paralela con personalidad jurídica propia, a través de la que llevar a cabo un programa o lograr la ejecución de actividades que pueden ser delegadas o descentralizadas para su realización inmediata. Ejemplo paradigmático de lo que comentamos son las Fundaciones.

<sup>53</sup> MIR PUIGPELAT, O. Op. cit. p. 275 nota 403, p. 281 nota 412 y p.p. 282-283 nota 413. Se relatan diversos supuestos en los que se apreció la existencia de responsabilidad: falta de maquinaria especializada, falta de inversión para prevenir infecciones por virus hospitalarios o falta de presupuesto para contratar sustitutos en caso de que los especialistas se encuentren de vacaciones.

<sup>54</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Op. cit. p.p. 236 y 237. Describe cada uno de estos medios: los electrónicos tendrán por misión ayudar al desarrollo de la digitalización de documentos, los informáticos son necesarios para operar con los documentos digitalizados y preparar su transmisión, y los telemáticos permiten la transmisión de datos entre equipos y la reproducción de la imagen en tiempo real.

<sup>55</sup> Mediante la Digitalización se obtiene una Base de Datos única, si bien sólo podrá ser satisfactorio cuando toda la red sea estable y segura.

<sup>56</sup> Piénsese en el caso de un desplazado que ingresa de urgencia con unos síntomas que pueden ser compatibles con varias patologías: la posibilidad de que el personal facultativo acceda a su Historial –el cual ha sido elaborado en su Comunidad Autónoma de origen- y le sean revelados sus antecedentes, alergias, etc, ayuda sin duda a que su diagnóstico sea más fiable.

<sup>57</sup> Definición de: Centro, Establecimiento, Servicio y Actividad Sanitarios, etc.

norma de carácter básico –según su Disp. Final 1ª: con una habilitación normativa al Ministro de Sanidad y Consumo, en la Disp. Final 2ª “para que dicte cuantas disposiciones requiera la aplicación de este RD. así como sus actualizaciones y definiciones”, y DOS ANEXOS donde se contiene la *Clasificación de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios* y la consideración de cada uno de ellos.

En la Jurisprudencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos desde más o menos el año 1998, se ha ido gestando la Doctrina de la “Pérdida de Oportunidad” en la que la responsabilidad pública surge, por lo general, como consecuencia de una demora en el tratamiento, el cual, de haber sido administrado antes, hubiese contenido o frenado el avance de una enfermedad, aunque no las consecuencias de la misma. Aunque esta teoría se ha aplicado también a supuestos en los que es el factor humano el que causa el fallo que produce la demora (porque el facultativo no agota, por imprudencia o culpa, las pruebas diagnósticas a su alcance), es desde luego típica a las carencias de tecnología o de medios, por motivos tanto presupuestarios como por defectos organizativos<sup>58</sup>.

---

58 LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G. *El error sanitario*. Dykinson, Madrid, 2003. p.p. 159 – 162. La Sentencia del TSJ de Valencia de abril de 1999, núm. de Recurso 517/1998 (p. 163), siendo Ponente el Magistrado, Don José Francisco Pérez Navarro declara que: “Se condena a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana a pagar a los familiares de un Paciente fallecido la cantidad de 109.641,32.-€ como indemnización por la ineficaz asistencia prestada por sus servicios médico-hospitalarios. Se trata del caso de un paciente que acudió por primera vez a la consulta de un neuropsiquiatra del Centro de Especialidades que ya sufría de pérdida instantánea de conciencia y de memoria y ansiedad. El especialista no pidió un TAC por problemas administrativos y por existir una espera de 6 meses a dos años. A al vista de esta situación y de que sufría migrañas, el paciente acudió a una clínica privada donde se le practicó en el acto una Resonancia Magnética del cráneo, detectándose una tumoración talámica izquierda. Entonces el afectado acudió nuevamente al Hospital aportando el resultado obtenido en la asistencia privada. A pesar de ello, los facultativos no creyeron procedente que se le practicara una biopsia para determinar la naturaleza exacta del tumor y sus posibilidades terapéuticas. El paciente, en su desesperación, nuevamente acude a la sanidad privada donde se le diagnostica un astrocitoma de alto grado. La malignidad y el volumen del tumor desaconsejaban la radioterapia, falleciendo el paciente tres meses más tarde.

Se considera probada la existencia de una defectuosa prestación de asistencia sanitaria por parte de la Administración correspondiendo la indemnización acordada por la responsabilidad objetiva aunque no se hubiese probado que el paciente, si hubiera recibido desde el primer momento la asistencia sanitaria requerida hubiera sanado de su grave enfermedad, al menos, hubiese podido alargar su vida; pero en todo caso, tal prueba le correspondía aportarla a la Administración demandada.”

Teniendo en cuenta esto último, en nuestra opinión, el RD sobre autorizaciones comentado podría modificarse para incluir a las TICs como elemento de mejor relación, funcionalidad y coordinación entre unidades sanitarias, obligándose también a las privadas. Precisamente y como la “garantía del servicio”<sup>59</sup> no sólo alcanza a la Administración, no puede considerarse aplicable al uso de la Telemedicina el art. 45 LPAC por ser programático, facultativo en cuanto que dependiente de los presupuestos, y sólo aborda las relaciones procedimentales entre el aparato público y los ciudadanos, y no las relaciones entre los prestadores de la asistencia. Entendemos que poder contar con, al menos, un ordenador, una webcam o una cámara digital y una conexión ADSL no supone un gran esfuerzo presupuestario, que sí implican la creación de los nuevos puestos de trabajo técnico o la compra de modernísimos aparatos para realizar intervenciones quirúrgicas a distancia. Además, para evitar fisuras entre CCLL y CCAA, debería acudir a la solidaridad financiera a fin de que en todas las zonas básicas se pueda contar con estos medios.

5. Cómo afrontar la descoordinación entre Administraciones. Uno de los peligros para toda la AGE aparece al integrar las TICs para la configuración de las intranets, lo que es específicamente señalado por GUILLÉN CARAMÉS<sup>60</sup>. Tal vez aquí es donde cobra mayor sentido el hablar de cambio organizativo, y en donde el autor define este advenimiento como “organización especializada”. En este plano las Administraciones pueden intercambiar información, comunicarse o ser requeridas unas por otras, con

---

También GUERRERO ZAPLANA, J.M., *Op. cit.* expone en el epígrafe “La Pérdida de Oportunidades como daño antijurídico”, una serie de sentencias de la Audiencia Nacional donde se aplica esta doctrina. Sobre su definición, dice en la p. 153: “Consiste, básicamente, en indemnizar no tanto la producción efectiva de un daño sino considerar como tal la mera posibilidad (más o menos cierta) de que si la administración sanitaria hubiera actuado de otra manera el paciente habría tenido la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida o integridad física”.

Una condensación reciente de esta doctrina la encontramos en la reciente STS de 7 de febrero de 2005 (Sala 3ª), RJ. 2006/1171.

59 Las comillas son nuestras. Esto es, debe darse una homogeneidad de prestaciones entre el sector público y el privado.

60 GUILLÉN CARAMÉS, J. *Op. cit.* p.p. 254 y ss, dedicadas a “La interconexión electrónica en el interior de las Administraciones Públicas: la Intranet administrativa”.

fundamento en el deber de colaboración del art. 4.1 LPAC. Trasladando esta preocupación a la Sanidad, creemos que el impacto no va ser tal puesto que la descoordinación apuntada por GUILLEN siempre se produce con mayor profusión entre niveles competenciales. Al declarar el art. 7 LCCSNS que el SNS es único, y que el Estado, con arreglo al art. 43.2 CE tiene la obligación de dictar la normativa básica, siendo ésta complementada por la de las Comunidades Autónomas, supone que son éstas el motor de lo sanitario<sup>61</sup>, siendo más sencillo organizar el servicio entre ellas. Si bien no debe descuidarse la recomendación, ya que será de ayuda inestimable para conseguir esa finalidad.

6. Riesgo de hacer desaparecer las garantías de la Administración frente a los ciudadanos. Ello tiene que ver con el factor personal y psicológico de los ciudadanos relacionados con la calidad de las prestaciones, así como su preparación para utilizar las comunicaciones a distancia o su confianza o desconfianza hacia ellas.

Desde la proposición de estos proyectos en España se ha temido que el papel de la Administración quedara despersonalizado y frío frente a sus administrados, a tenor de las quejas recibidas por la atención dispensada por los funcionarios. Esto se ha ido acrecentando con la aparición de la llamada “cláusula de exención de responsabilidad” que acompaña a la mayoría de las informaciones escritas que aquellos obtienen de las entidades públicas<sup>62</sup>. Es previsible, por tanto, que la información pueda causar daños efectivos. No puede ello equipararse con el error técnico, porque ahora nos estamos refiriendo a contenidos, si bien, será imputable únicamente al ente administrativo –y no a quien la haya elaborado de forma subsidiaria- si lo erróneo de las manifestacio-

nes tiene su consecuencia en un previo y demostrable fallo organizativo (en caso contrario cabría la acción de regreso).

En cuanto a la Sanidad, se tiene esperanza en que las TICs puedan mejorar “*las condiciones de provisión*” de las prestaciones<sup>63</sup>. Esto se encuentra regulado en los arts. 4.b) y 25 á 28 LCCSNS y son las de: accesibilidad igualitaria, movilidad, temporalidad o de tiempo adecuado, información, seguridad y calidad<sup>64</sup>.

Dejando al margen que el incumplimiento de las garantías tenga como punto de partida una conducta personal –dependa del factor humano-, la Administración sería siempre responsable si las tecnologías agravasen las Listas de Espera, o si no hubiera compatibilidad de las tarjetas electrónicas entre los lectores de las CCAA, o si en las campañas promocionales informativas<sup>65</sup> quedasen excluidas sin razón determinadas regiones, etc. A fin de lograr un ajuste continuado de las prestaciones, serán insoslayables: a) Las especificaciones concretas en las normas de calidad y seguridad, tanto las realizadas en las guías

---

63 VIDA FERNÁNDEZ, J. Op. cit. p. 98.

64 Que tienen su correlación en la Ley General Sanitaria (LGS): accesibilidad en el art. 3.2, movilidad en el art. 3.3, calidad en la organización art. 7, garantía de información en los arts. 9, 10.2 y 10.4, etc. LORENZO Y MONTERO, R. Op. cit. p. 63 realiza la siguiente valoración positiva de lo que la Telemedicina va a lograr: “Posibilita la mejor calidad asistencial por facilitar al paciente el acceso de forma rápida y sencilla a los especialistas, y a éstos les proporciona una mayor información acerca del paciente, así como la evitación de desplazamientos para esto.” Y también, el “favorecimiento de la continuidad asistencial, menor duración de estancia en Hospitales y una asistencia de calidad en zonas remotas”, porque los profesionales que se encuentren aislados podrán tener más oportunidades para actualizar su conocimientos on line.

VIDA FERNÁNDEZ, J. Op. cit. p. 99: “En cualquier caso, siempre subyace al incumplimiento de las prestaciones y de las garantías sistematizadas por la LCCSNS, la responsabilidad patrimonial mediante la que se reparan los daños causados a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios”. Vid. también, PAREJO ALFONSO, L. en la misma obra, con su aportación, “La Calidad al servicio de la eficacia en el SNS”, p. 239: “La LCCSNS asume el método de la calidad para alcanzar la eficacia en la protección de la salud, contemplando el entero ciclo del riesgo correspondiente y, por tanto, la acción preventiva de la actualización y correctora de los problemas de salud”.

65 Son frecuentes para los profesionales de la Atención Primaria, versando sobre el cáncer de mama, o la nutrición saludable, o el control de las tensiones altas, etc. Esto es porque son los encargados de llevar a cabo servicios relacionados con la promoción de la salud que son programas que pretenden una acción-reacción de la población, altamente divulgativos, incluso montándose dispositivos para consultar la tensión de sectores poblacionales o realizar mamografías gratis, y otras.

---

61 Con el beneplácito, cuando éste sea necesario, del Consejo Interterritorial. Vid. VIDA FERNÁNDEZ, J. Aportación a la obra conjunta de LUCIANO PAREJO, A. (coord.), *La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales)*. Marcial Pons, 2004, Valencia. El epígrafe se titula, “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios”. P.p. 57 y 58.

62 Esto que para nosotros es válido cuando la información solicitada es general, no es igual cuando la naturaleza de la comunicación es individual. Entonces sí que deberá responsabilizarse a la Administración por haber facilitado unas directrices erróneas, si bien dependerá del contexto en que ésta se haya producido y de su relación directa con la causación de perjuicios.

de práctica clínica y asistencial, como las tendentes a la creación de registros de buenas prácticas y acontecimientos adversos (art. 59 LCCSNS); b) La inclusión en los programas acciones de formación y modernización de los Recursos Humanos (arts. 34, 35 y 40 LCCSNS); o, c) La modificación de los indicadores de la evaluación externa y periódica de la calidad de los centros sanitarios (aunque el art. 62 LCCSNS no lo impone como obligatorio), normas ISO, así como procurar análisis y seguimientos permanentes de los resultados en organización, provisión de servicios, gestión estatutaria, etc, que establece el art. 63 LCCSNS<sup>66</sup>.

#### **IV. EL ACTO MÉDICO Y TELEMEDICINA.**

En no pocas ocasiones, las instancias judiciales han estimado la responsabilidad de la Administración con fundamento en la actuación de los facultativos que han atendido al perjudicado. En éstas, el servicio público no ha tenido intervención alguna como sujeto organizativo, ni por carencia de medios o personal, ni por razones presupuestarias, o por quiebra de las garantías de calidad y eficiencia del sistema. Sin embargo se ha producido un perjuicio indemnizable.

El protagonista es ahora el fallo médico<sup>67</sup> con virtualidad para generar un daño, que podemos dividir en: a) Error de diagnóstico<sup>68</sup>, b) Infracción de los

deberes médicos o infracción de la *lex artis*<sup>69</sup>. Hemos de comenzar identificando el Acto Médico y en segundo lugar relacionarlo con las novedades que apunta la Telemedicina.

El Acto Médico es definido por la mayoría de los autores que se dedican a esta disciplina<sup>70</sup>, pudiéndose ofrecer la siguiente apreciación común: “*Es toda actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su propia profesión, entendiendo como médico aquel que, estando en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y, en su caso, de especialista, además de estar colegiado, ejerce la profesión de forma privada o pública, y por cuenta propia o ajena*”. Vamos a centrarnos en esta definición, excluyendo los actos extramédicos y paramédicos<sup>71</sup>.

Por tanto, sus características son: 1) realización de una acción u omisión sobre el cuerpo del enfermo; 2) naturaleza de “*comportamiento dañoso: una conducta humana de la cual brota el daño para el paciente*”<sup>72</sup>; 3) en su contenido puede ser de pre-

---

*que es aquel que atendidas las circunstancias es imposible de detectar y que nunca da lugar a indemnización; y, el error inexcusable, el cual abarca las conductas de: a) la imprudencia temeraria (jurisdicción penal), b) la impericia profesional (dolo) y, c) la imprudencia simple (negligencia), en la que la actividad de cuidado fue de corto alcance, pero dentro de una atención normal que sin embargo, resulta insuficiente que es lo que constituye el objeto de estudio en el Fondo del Asunto judicial.*

<sup>69</sup> Son conductas negligentes. Si en ellas incurre el profesional que desempeña su labor en una clínica privada o de su titularidad, él únicamente sería el demandado –junto con su aseguradora, pues hoy nadie carece de seguro- y habría que hacerlo en la Jurisdicción Civil. Si el agente causante pertenece a un Centro Público, el art. 139 LPAC permite el ejercicio de la acción directa contra éste. Una exposición detallada de los deberes médicos puede seguirse en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., Sistema de responsabilidad médica. Año 2002, 3ª Edic., Comares, Pamplona, p.p. 181 y ss.

<sup>70</sup> Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad médica y hospitalaria. Bosh, Barcelona, 2004 p.p. 34 y 35, cita a LÓPEZ ATAZ, sin perjuicio de SISO MARTÍN, Op. cit. p. 41 y p. 389 de FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.

<sup>71</sup> Muy delineados en FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., Op. cit. p.p. 377 á 390. Los Actos Extramédicos son los que tienen que ver con el hospedaje del paciente, que adquiere especial relevancia en los ingresos prolongados –donde puede observarse en su tracto mayor probabilidad de incumplimientos-. Los Paramédicos son los realizados por los auxiliares del médico en las etapas previas a las intervenciones (actos preparatorios principalmente).

<sup>72</sup> En general cualquier tratamiento médico presupone la confianza de sanar: la fe en que el médico mediante su ciencia pueda enderezar lo que se ha deteriorado en el paciente, sea

---

<sup>66</sup> Resalta PAREJO ALFONSO, L., en Op. cit. p. 248 que “la articulación de la calidad se realiza mediante la gestión por objetivos y la evaluación de resultados”, por lo que todos los instrumentos indicados son idóneos para alejar los riesgos propuestos de nuestro sistema sanitario, para reducir la siniestralidad de la responsabilidad administrativa por uso de las TICs.

<sup>67</sup> Si bien recordando las siguientes palabras de MIR PUIGPELAT, O. Op. cit. p. 250: “Puede decirse que el funcionamiento normal de la sanidad pública (como la privada) se encuentra inescindiblemente unida a riesgos y daños. La lucha contra estos riesgos y daños se encuentra condicionada por tres limitaciones evidentes: la presupuestaria, la humana y la científico-técnica”, la cual, “a pesar de su constante desarrollo, no puede todavía combatir gran parte de los problemas de salud del ser humano” ni ser radicalmente infalible.

<sup>68</sup> GUERRERO ZAPLANA, J.M., Op. cit. p. 149: “En las vías penal y civil, el error de diagnóstico no da lugar a la responsabilidad, salvo que se trate de un error de carácter grosero que muestre la concurrencia de una negligencia grave o una falta absoluta de la diligencia exigible. La culpa sólo podría apreciarse en el ámbito de la ciencia médica en el que no existan discusiones científicas pues, en el campo dominado por éstas, no puede entenderse que exista responsabilidad al no poderse establecer cuáles son los límites que marca el criterio de la normalidad de la *lex artis*”. SISO MARTÍN, J. Op. cit. p. 47 distingue entre: error excusable, 124

vención, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación; 4) debe ajustarse a la ciencia médica no sólo en cuanto a los conocimientos, sino también al criterio valorativo de corrección por antonomasia, cual es la *lex artis*.

En la práctica diaria es frecuente atender no a un solo acto sino a varios, que van concatenándose de forma sucesiva hasta completar la intervención prescrita<sup>73</sup>. Lo habitual en un centro público o privado es que exista un “grupo” organizado de personal que va realizando multiplicidad de actos, encontrándose al servicio del paciente toda clase de especialistas y profesionales que necesita. Un paso más concreto de este funcionamiento grupal –según comentamos en la introducción-, lo encontramos de la mano de la Jurisprudencia Civil, en la que, como figura específica de análisis de la responsabilidad aparece la causada con motivo del “trabajo en equipo”. Su finalidad es la de conseguir la individualización de un concreto acto médico que ha resultado responsable, superando así los postulados de imputación del art. 1.903 Cc en su referencia a la *culpa in eligendo o in vigilando*. Era necesaria esta diferenciación, por cuanto que no era justo que el jefe de dicho equipo – que suele ser un especialista- esté pendiente de las actuaciones de sus asistentes: por ejemplo, de un enfermero instrumentista -si es que están actuando en el quirófano-, que ha de contar las gasas cuando entran y cuando salen del cuerpo del intervenido, o

de otro médico. Dicha obligación excede sus funciones, dado que el fundamento de esta unidad cooperativa es el principio de confianza: cada uno sabe lo que tiene que hacer y es responsable de sus actos. Esta Doctrina, no obstante, resulta menos operativa cuando el hecho dañoso se produce en la Administración. Sólo resulta útil cuando se quiere hacer responder al auténtico causante en la vía de regreso del art. 145 LPAC, toda vez que el Jefe de Equipo es designado por la organización, y éste tampoco puede decidir quiénes serán sus componentes porque también están designados por el Hospital.

El concepto de “Trabajo en Equipo” puede *sub-conceptualizarse*<sup>74</sup> atendiendo a la cualificación de los profesionales que intervienen: a) Será horizontal cuando quienes deciden y ejecutan los actos médicos tienen una especialidad<sup>75</sup>; y, b) Será vertical, cuando los actuantes en los diferentes planos de atención al paciente son un especialista, MIRes u otros a su cargo, y los enfermeros y auxiliares que trabajan conjuntamente.

Como hemos anunciado, tras el Plan Nacional del INSALUD, las iniciativas telemédicas van surgiendo poco a poco, aunque la apreciación general es que está siendo objeto de un seguimiento desigual, si se comparan unas comunidades autónomas con otras<sup>76</sup>. Piénsese que la OMS está acuciando a los

---

cual fuere la causa por la que precise la asistencia. Pero también supone la probabilidad de que no se obtenga el resultado pretendido, puesto que se el profesional se cruza en el curso natural del cuadro de enfermedad que ha aparecido para invertir esos hechos adversos intentando la sanación. También puede ocurrir lo que vulgarmente se conoce como ser peor “el remedio que la enfermedad”. La ética médica y de enfermería resume muy bien esta situación en los “principios-guía” de beneficencia y no maleficencia: el primero refleja la obligación de elegir la opción que más beneficios entraña para el paciente, y la segunda, contiene la obligación del no-sufrimiento (elegir la opción que menos padecimientos cause, ej: es absurdo hacer numerosas pruebas para descartar patologías en una persona que ingresa en estado semicomatoso, lo lógico es que se le administre sedación terminal). En cuanto a la cursiva, pertenece a RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Op. cit. p. 35 nota 79. Advierte que es una observación originaria de GONZÁLEZ MORÁN, L.

73 Los actos más sencillos son tal vez los de prescripción de los “médicos de cabecera” o de Familia, en los que no se necesita la remisión al especialista. Lógicamente, si la patología entraña complejidad será también complejo su tratamiento, sea éste curativo o paliativo.

74 La expresión es nuestra.

75 Pensemos en una persona aquejada de un cáncer de útero para la que se programa la extirpación del tumor y de la zona afectada. Le atenderán: un ginecólogo, un oncólogo, un cirujano y un anestesiista.

76 Una de las Comunidades más activas es sin duda la de Castilla - La Mancha, como hemos visto en la nota 13 de este trabajo. Desde octubre de 2002 el SESCAM comienza a introducir estas técnicas, procurando la teleasistencia –una de las acciones a acometer según el Plan General del INSALUD- en todos los municipios de su territorio, “dadas las distancias entre ellos que en ocasiones es muy grande”. En junio de 2004 se introduce la videoconferencia para la formación continuada del personal sanitario, al mismo tiempo que el diario “Crónica de Guadalajara” anuncia el visado electrónico de recetas (diario del 03/06/2004: vid. en [www.itelemedicina.com](http://www.itelemedicina.com).) También se ha de mencionar el “Programa de Ciudades Digitales” del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (vid. [www.mityc.es/Ciudadanes/Ciudadanes/guía](http://www.mityc.es/Ciudadanes/Ciudadanes/guía) {URL con acceso el 28-07-2007}) dedicado a la promoción e implantación de la Sociedad de la Información a nivel local, basándose en las redes de telecomunicaciones de alta velocidad, entre las que se incluye la Telemedicina”. Éste ha potenciado el desarrollo de varias experiencias-piloto a través de Convenios con las CCAA. Este programa partió a finales del año 2003 y su finalización está prevista para el año 2007. Si se acude al apartado de “Telemedicina” se ofrece una buena panorámica de todas las acciones llevadas a cabo o en vías.

Estados para que esto se adopte con plenas garantías<sup>77</sup>. Empero, y como en el epígrafe anterior ya hemos hecho un buen repaso de todo ello, aquí nos interesa conocer qué se está haciendo por los médicos para el desempeño de su profesión con la incorporación de las novedades telemédicas.

El INSALUD preveía que la Telemedicina habría de englobar:

- La Teleasistencia, entendida como: teleconsulta o telediagnóstico, televigilancia, teleinterconsulta o telecolaboración entre diferentes médicos;

- La Telegestión o posibilidad de realizar procesos administrativos como citas, petición de pruebas o resultados, consultas documentales a archivos de otros profesionales sean de la Atención Primaria o de la Especializada;

- La Teleinformación a los ciudadanos y profesionales;

- La Teleformación también en estos dos niveles: en forma de campañas preventivas para los usuarios del SNS, y más específicamente, en forma de formación *on line* a los profesionales.

De igual manera que las CCAA los Colegios Oficiales de Médicos también han acogido con desigualdad estos cambios que se auguran profundos. Pese a que todos ellos reconocen la potencialidad de la Telemedicina para el impulso del trabajo en equipo, la obtención de una gestión más ágil de la “segunda opinión” y de determinados diagnósticos.

Por ello son singularmente ejemplificativas las pautas señaladas por el Consejo de Colegios Médicos de Cataluña, las cuales son:

---

*En cuanto a las acciones formativas destaca la realizada por el “Club de Informática Aplicada de la Sociedad Española de Anatomía Patológica” de Pamplona en el 2001, que edita un “Manual de Telepatología” que se puede descargar en [www.seap.es/telepatologia/manual.htm](http://www.seap.es/telepatologia/manual.htm) {URL con acceso el 28-07-2007}.*

<sup>77</sup> Vid. la Resolución de la Asamblea Mundial de la OMS sobre estrategias de eSalud, publicada en mayo de 2005 donde se recomienda a estos: el desarrollo de las infraestructuras para aplicar a la salud las tecnologías de la información y comunicación, que promuevan su disfrute universal, equitativo y a precio asequible, así como la elaboración urgente de planes estratégicos a largo plazo para concebir e implantar servicios, etc. Puede descargarse de: [www.itelemedicina.com/documentos/pdf](http://www.itelemedicina.com/documentos/pdf). {URL con acceso el 28-07-2007}.

**A. Referencia a las TICs** introducidas en la aprobación de la última modificación del Código Deontológico que data del 24-01-2005, mediante acuerdo del Consejo, en vigor desde el 1 de abril de 2005. Merece especial interés el texto de los arts. 17 y 18, que transcribimos en estas páginas:

*“Art. 17. El correo electrónico, como otros medios no presenciales, es éticamente aceptable en la relación médico-paciente, siempre que esté clara la identificación mutua. El médico ha de actuar como lo haría en el ámbito de la relación directa”.*

*“Art. 18. El médico que sea consultado por correo electrónico, u otros medios equiparables, podrá emitir una segunda opinión, siempre que verifique la suficiencia y garantía de la documentación que se le ha enviado”.*

MERCADO CARMONA en sendos artículos<sup>78</sup> resalta precisamente estas características: a) cambios en la relación médico-paciente, no objetando nada al hecho de que se realice a distancia, salvando la obligación previa de identificarse correctamente; b) si bien esta relación a distancia ha de concertarse fundamentalmente en “*las situaciones en las que el médico no pueda estar físicamente en un plazo razonable, si no, es preferible la consulta cara a cara*”, puede desenvolverse con total garantía si anteriormente el médico “*tiene una relación profesional con el paciente o conocimiento suficiente del problema en cuestión*” por medios tradicionales; c) con la correlativa obligación, si se practica la Telemedicina sin haberse procedido previamente a un reconocimiento presencial, de que el facultativo obtenga “*un historial completo del paciente*” puesto que, sin excepción, “*todos los casos deben de estar documentados*”<sup>79</sup>.

**B. La contratación de los servicios relacionados con las TICs se ha posibilitado a través de una Sociedad llamada “Meditecnología”.** Ésta se

---

<sup>78</sup> MERCADO CARMONA, C. “La eSalud y el Derecho”, p. 3, y en “La salud y el Derecho - 2ª parte: Directrices del Comité Permanente de Médicos Europeos sobre telemedicina: un documento de interés”, p.p. 7, al final. Se ocupa de otra de las grandes preocupaciones existentes cuando la prestación se realiza a distancia: la identificación de los intervinientes y la evitación del intrusismo profesional.

<sup>79</sup> La cursiva recoge extractos de las Directrices del citado Comité.

presenta como la “Sociedad del grupo de COMB”<sup>80</sup>. Entre sus actividades figuran: la integración de los servicios digitales en aplicaciones existentes, dotación de aplicaciones informáticas a medida, adopción del sistema SARECAP de análisis de Recetas Emitidas por Centros de Atención Primaria (en régimen de ASP que permite leer el fichero plano de recetas proporcionado por el Servicio Catalán de Salud y extraer datos relacionados con el consumo), etc.

**C. Firma Electrónica.** A todos los colegiados que lo soliciten se les suministra un certificado colegial para permitir la identificación ante terceros y proteger sus comunicaciones.

**D. Creación del servicio WMA: Web Médica Acreditada**<sup>81</sup>. Si bien parece orientarse únicamente al ejercicio de la medicina privada, ha dado lugar a la elaboración de un Código de Conducta para su uso que puede ser extensivo a los profesionales que trabajen en instituciones públicas. Incluye los siguientes aspectos: identificación y acreditación, contenidos, confidencialidad, control y validación, publicidad y otras fuentes de financiación, consulta virtual e incumplimiento y responsabilidades.

Una vez expuesto ello, debemos entrar en materia, ocupándonos en primer lugar del ERROR DE DIAGNÓSTICO.

Si se hace una lectura de las resoluciones jurisprudenciales de los últimos años<sup>82</sup>, se desprende que éstos pueden producirse por:

- No haberse practicado las pruebas adecuadas a la sintomatología presentada por el paciente por no haberlo considerado necesario el médico actuante, bien por no haber tenido en cuenta as-

pectos relevantes de la Historia Clínica o porque no siguió los protocolos<sup>83</sup>.

- Anamnesis incorrecta (no haberse procedido a un examen exhaustivo);
- Exceso de confianza en la utilización de la vía del 061: el facultativo decide que la atención telefónica es suficiente, no habiendo acudido de inmediato al domicilio ante la sospecha de la existencia de otras complicaciones<sup>84</sup>.
- Inclusión tardía en las Listas de Espera o con atribución de un tiempo excesivo para ser intervenido<sup>85</sup>.

Todo ello puede ocurrir si el Acto Médico se materializa recurriendo a la Telemedicina. Creemos que deberían retocarse los Protocolos, aprobarse nuevos Códigos de Conductas, o elaborarse guías, una vez que se hayan evaluado las herramientas telemédicas para cada Centro y examinado el resultado de su uso<sup>86</sup> en los mismos.

Mayor complicación entraña el tratamiento de los problemas que puede originar la INFRACCIÓN DE LA LEX ARTIS en la práctica de la Telemedicina. A fin de no abundar en planteamientos excesivos y complejos por lo casuístico de esta vulneración al ser conectada con la responsabilidad sanitaria, vamos a detraer los siguientes puntos:

**1. Responsabilidad en el Acto Médico compartido.** La posibilidad de compartir datos sanitarios de

<sup>80</sup> Véase su página web: [www.comb.cat/cast/med/tecnologia/prjectes/home.htm](http://www.comb.cat/cast/med/tecnologia/prjectes/home.htm). {URL con acceso el 28-07-2007}

<sup>81</sup> Tiene un espacio diferenciado en: [www.comb.es/esp/codi.htm](http://www.comb.es/esp/codi.htm). {URL con acceso el 28-07-2007}

<sup>82</sup> Nos referimos a supuestos en los que el error ha sido indemnizable, porque como se sabe hay ocasiones de error en los que si el riesgo no llega a materializarse en el resultado, la Administración no tiene que responder. Ej: DÍAZ - REGAÑÓN GARCÍA - ALCALÁ, C. Op. cit. p.p. 30 á 75.

<sup>83</sup> Recordemos que están al margen aquellos casos en los que no haberse practicado la prueba adecuada tiene que ver con la insuficiencia de medios, sea por aparatología, tratamientos médicos o personal disponible, que ya hemos tratado.

<sup>84</sup> Recoge esta sentencia en su trabajo, DE LORENZO Y MONTERO, R. Op cit. p. 9, que menciona en su artículo que el fallo pertenece a un Juzgado Contencioso – Administrativo de Bilbao.

<sup>85</sup> GUERRERO ZAPLANA, J. Op. cit. p. 186 – 187. Comenta varias sentencias de la Audiencia Nacional producidas entre los años 2000 á 2002 donde se recogen diversas condenas en relación al tiempo excesivo que han soportado determinados pacientes a los que se ocasiona un daño por ello. En todas ellas el fallo no adjudica la responsabilidad a la organización o al servicio asistencial, sino al médico que evaluó la gravedad de la intervención, siendo indemnizado el paciente a través de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”.

<sup>86</sup> Esto es: si según los medios disponibles estos van a servir para asegurar la certeza de un diagnóstico o con qué margen de error es posible desconocer éste, si pueden medir la gravedad de una patología o determinar con seguridad tratamientos preventivos, o cuando es pertinente enviar imágenes del paciente –que dependerá de la seguridad de la red-.

un enfermo a través de cualquier red, es uno de los fuertes atractivos de estas técnicas. La Telemedicina se destaca como engranaje clave en la coordinación de la Asistencia Primaria con la Especializada, y sobre todo en la lucha de la reducción de las Listas de Espera, ya comentado (si bien aún no se han mostrado estadísticas). Pero sobre todo tiene relevancia porque permite no sólo el contacto entre varios especialistas a modo de “trabajo en equipo de tipo horizontal”, sino que es capaz de compatibilizar la participación de varios equipos de especialistas con fluidez nunca vista<sup>87</sup>. Son perfectamente trasladables los términos “médico colaborador” para el que actúa en la distancia, y de “médico consultor” para el que realiza la petición, según son utilizados por el Prof. FERNÁNDEZ HIERRO<sup>88</sup> a propósito de la explicación de las intervenciones plurales. Tal disquisición es precisa a la hora de imputar una responsabilidad, en el caso en que el tratamiento o la intervención proyectada no se hayan desarrollado conforme a estándares de normalidad, e incluso cuando estas actuaciones sean transnacionales (entre diferentes Estados).

Estas “posiciones asistenciales”<sup>89</sup> son tenidas en cuenta en las Directrices de la Organización Médica Europea (OME) para resolver el reparto de responsabilidad: “*El médico que realice intervenciones médicas utilizando técnicas de telemedicina será responsable de todas las intervenciones que realice*”, y en su párrafo II, afirma que, “*El médico es responsable del tratamiento y demás decisiones que se tomen sobre su paciente aunque haya pedido a otro médico su opinión al respecto*”<sup>90</sup>. No obstante, y en consecuente entronque con la doctrina –ya generalizada– de la individualización de conductas<sup>91</sup> con ocasión del comentado trabajo en equipo, y dado que es obligatorio reflejar las participaciones externas en la Historia Clínica, creemos que a cada uno se

le acabará haciendo responsable de lo suyo. Esto es: aun aceptando que, en la determinación del responsable debe instaurarse como norma general la directriz enunciada por la OME, habría casos en los que cabrá la excepción, por ejemplo, si se piensa en la especificidad de una determinada patología<sup>92</sup>. Así:

- El consultado podría responder por negligencia si cambia el diagnóstico elaborado previamente por su compañero, o por error en el tratamiento, si posteriormente se demuestra que lo establecido inicialmente era lo correcto.

- El consultor responderá siempre que no siga las recomendaciones y prevenciones que le han sido suministradas para tratar al paciente, o si, una vez iniciadas éstas no se dio cuenta de que eran contrarias a toda praxis médica.

2. Teleconsulta y petición de la segunda opinión por el usuario. El art. 4 a) LCCSNS permite al ciudadano solicitar una segunda opinión médica. Hay proyectos en elaboración que proporcionarían a éste dicha información a través de correo electrónico o videoconferencia. El problema radica aquí en la seguridad y calidad que debe proteger el contexto en el que es solicitada. En nuestra opinión:

- Para asegurar la identidad de ambas partes, el sistema debe de estar sustentado en el acceso mediante la tarjeta sanitaria electrónica. El profesional en su respuesta ha de facilitar sus datos profesionales, de contacto físico y del puesto y lugar al que pertenece, aunque el Paciente no tenga dudas sobre las cualidades de aquel al que se dirige.
- Podrían habilitarse puestos informáticos para estos fines en los Centros de Salud de Primaria y en los Hospitales, a fin de garantizar la seguridad de la red a través de la que tiene lugar la petición.
- Será el solicitante mismo quien autorice el envío de documentación y de pruebas que le

---

87 La coordinación entre varios equipos es más típica en el campo de la investigación médica o de la Salud Pública, que en la de tratamiento y atención a un paciente.

88 HERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Op. cit. p.p. 350 – 351.

89 La expresión es nuestra.

90 MERCADO CARMONA, C. Op. cit. p. 8.

91 O más precisamente, del aislamiento del Acto Médico que causa el daño para identificar a su causante.

---

92 Piénsese en el tratamiento de enfermedades de difícil aparición o en las tropicales. En estos casos la opinión del experto deberá prevalecer sobre la del consultor, pues es la categoría, dedicación y formación de aquel lo que motiva la consulta, y la confianza en esas variables lo que inspira el proceder del facultativo sobre su paciente.

hayan sido practicadas, que quiere que vea el consultado.

- Entendemos que no podrá utilizarse la “cláusula de exoneración” de responsabilidad, típica de las informaciones generales de la Administración electrónica, por cuanto que en una consulta presencial tampoco cabría esa exoneración.

**3. Consentimiento informado.** Como es sabido, informar al Paciente de los riesgos, efectos, beneficios, conveniencia y del *modus operandi* de una intervención o de un tratamiento, es obligación del médico y está previsto con carácter general en los arts. 2 y 4 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente<sup>93</sup>. El consentimiento informado puede calificarse como el extremo más influyente del arquetipo que conforma la *lex artis*<sup>94</sup>, pues su falta, supone el incumplimiento de varios de los deberes impuestos a los médicos<sup>95</sup>. De hecho, en no pocas ocasiones es la piedra angular que decide en un proceso si el daño debe de ser soportado por el paciente por acaecer el riesgo probable, o si el siniestro padecido es antijurídico<sup>96</sup>.

Acudiendo otra vez a las dos aludidas “posiciones asistenciales” del punto 1, va a ser importante señalar de quién es la obligación de recabar este consentimiento. Sujetándonos a la norma general apuntada por la OME y a la preferencia de la presencialidad, recaerá esta labor sobre el Consultor. Sin dejar de lado que éste deberá asegurarse ante el Con-

sultado de que ha entendido bien cuál es la información a transmitir sobre la acción médica de que se trate, no estará de más -siendo muy recomendable a los efectos de ulterior prueba-, que el obligado solicite a su referente un pequeño texto sobre el particular, que incluirá como anexo al documento principal, para ser igualmente consentido por el interesado que estampará también en él su firma.

**4. Televigilancia.** Se ha previsto para dotar de mayor calidad a la cobertura asistencial continuada en presencia de enfermos crónicos o pacientes con graves problemas de movilidad. El conjunto de medidas expuestas van desde poder hacer rehabilitación en casa por televisión a través de una conexión con el Centro en que se encuentra el fisioterapeuta o monitor que dirige los ejercicios motores, hasta la de colocación de dispositivos móviles que accionan cuando alguien con Alzheimer se pierde, o la atención personalizada de 24 horas para los diabéticos<sup>97</sup>.

No obstante, y aunque siempre va a haber un profesional sanitario ordenando y haciendo un seguimiento de esta asistencia continuada, creemos que por las características propias que presenta, no le será aplicable sin más la Jurisprudencia existente entorno a la infracción del “deber de vigilancia”<sup>98</sup>: han de atenuarse las obligaciones cuando se opte por alguno de estos medios a distancia.

93 Ésta se dedica a establecer los requisitos, situaciones, excepciones, etc, del consentimiento informado.

94 No en vano podemos afirmar que se trata del elemento más objetivo y menos opinable.

95 FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. *Op. cit.* 181 – 2002.

96 Como destacan varios tratadistas (entre ellos, FERNÁNDEZ HIERRO, SISO MARTÍN o DÍAZ-REGAÑÓN), el basamento de estos procesos son las pruebas periciales. En presencia de complicaciones postoperatorias o agravamiento de enfermedades para las que existe un porcentaje no desdeñable de curación total, enseguida se reclama al SNS. Si todo ello quedó bien documentado, si la praxis se adecuó al tratamiento prescrito y se dio suficiente información detallada al paciente, no hay indemnización. Para conocer una visión retrospectiva de la responsabilidad de la Administración por inobservancia de la *lex artis* (requisitos): SAN (Sala 4ª), de 19/01/2005, RJCA 2005/837. Fºs Jº 4º y 5º. En cuanto a la clasificación del contenido del consentimiento informado y su génesis en el Consejo de Europa sobre la Biomedicina de Oviedo, vid. p. 107 y ss, de CORBELLÁ DUCH, J., *Manual de Derecho Sanitario. Atelier, Valladolid, 2006.*

97 El periódico *El País* el 31 de mayo de 2007, tanto en la edición en papel como en la digital, se hizo eco del último programa informático a servicio del diabético, llamado “SiDiary”, creado por la empresa SINNOVO, formada por el español, Fernando Rafart y el alemán, Alf Windhorst. Este software instalable hasta en un móvil, permite grabar los datos de 40 medidores de glucosa, conocer cómo la ingesta va a afectar al nivel de azúcar diario de una determinada comida, el consumo de energía si se hace deporte, el pulso y tensión arterial. Hay también una versión, mediante la que es posible enviar informes o avisos al médico por correo electrónico o, en el caso de los menores, que por vía SMS se avise a los padres, si alguno de los datos de ese día es anormal.

98 Cuando se incurre en falta de la vigilancia debida se responsabiliza a la Administración por no haber evitado sus empleados la conducta dolosa o imprudente de la víctima, cuando en ésta se ha observado que cumple un perfil de peligrosidad: por ejemplo, cuando se reclama indemnización por no haberse conseguido evitar el suicidio de un paciente ingresado con diagnóstico de “ideación autolítica”. P. 314, nota 480, MIR PUIGPELAT, O. *Op. cit.*

## **V. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y TELEMEDICINA: EXCURSO.**

El número de conflictos sobre los que se tendrá ocasión de hablar es impredecible. Quedan aún muchas dudas en el aire, incluidos los extremos a los que se pretendía un acercamiento en estas líneas. Las dificultades habrán de ser solucionadas sobre la marcha, conforme se vayan planteando. Algunas de ellas pueden ser vislumbradas tímidamente, si bien es imposible que nos podamos ocupar de ellas en este momento por su imprecisión fáctica. Nos referimos a:

1. El hecho de que la Telemedicina impulsará a determinados médicos fuera de los Hospitales<sup>99</sup>: como profesionales y no como prestadores de un servicio dependientes de la entidad para la que trabajen, que será más llamativo en el caso de los que se encuentren empleados en organismos públicos o concertados. No hay que olvidar el poder mediático de Internet, la facilidad de difusión de toda clase de contenidos y su accesibilidad. Ello puede hacer fracasar campañas de educación sanitaria como las ejercidas sobre la indeseable “automedicación”, o popularizar la inconsciencia sobre el nivel de riesgo de algunas intervenciones y servicios<sup>100</sup>. Pero los comportamientos poco deseables, no tienen por qué ser patrimonio exclusivo de los potenciales consumidores. También los facultativos pueden sentirse tentados<sup>101</sup>, lo que conllevará a que en el futuro se

---

99 Se piensa en profesionales especialmente requeridos, con prestigio profesional o aquellos que sean objeto de determinadas modas, como los cirujanos plásticos.

100 Y no sólo las relacionadas con la estética, sino también: con las interrupciones voluntarias del embarazo, o con las situaciones que plantean grandes retos para la bioética, como algunos tratamientos para enfermos terminales, la venta de productos con los que obtener una muerte indolora, los vientres de alquiler permitidos en EEUU, etc. La Información que circula por Internet puede ser mal interpretada. La noticia de que se haya producido un avance tecnológico o de que exista un nuevo tratamiento de una enfermedad, no quiere decir que el remedio sea seguro hasta que no se evalúe ni que sirva para todos los casos. Vid. PRIETO MOLINERO, R. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos. Dykinson, 2005, Madrid. Epígrafe titulado: “Internet, o la revolución del concepto “acceso a la información””.

101 Un supuesto límite en el que, sin embargo, se da la razón al médico -pero que puede servir para dar muestra de lo que venimos hablando-, lo encontramos en la STSJ de Cataluña (Sala 3ª), núm. 3898/2002 (Ar. 2002/2029), de 17 de mayo de 2002. Por un Hospital especializado en Urología se demanda por despido disciplinario a un médico del mismo que, junto con otros empleados, había creado una página web en la que

revisen los preceptos dedicados a las incompatibilidades laborales<sup>102</sup>, la competencia desleal y la publicidad engañosa en la prestación de servicios médicos, y se introduzca alguna que otra puntualización deontológica necesaria.

2. ¿Será lógico atribuir un coste económico a las consultas telemédicas que se produzcan entre profesionales de distintas Comunidades Autónomas, dadas las compensaciones existentes por atención a los denominados “desplazados”? ¿Deberán ampliarse, por tanto, los supuestos financiados por el Fondo de Cohesión Sanitaria?<sup>103</sup> ¿Qué se hará si los intervinientes son un médico perteneciente al SNS y otro de una clínica privada. ¿Y si están situados en diferentes Estados?

3. No todas las personas van a celebrar el logro telemédico, y ya hemos dicho que no todo el mundo está igual de preparado teórica y psicológicamente para acercarse a esto. Hay una elevada población mayor que no podrá hacer uso de todas las posibilidades ofrecidas, e incluso puede que no les guste. Si se indaga en lugares remotos, puede ser que al envejecimiento poblacional haya que sumar un alto porcentaje de alfabetismo. A esto hay que sumar a los inmigrantes que tengan o no dificultades con el idioma, tampoco están acostumbrados a estas técnicas. Quiere esto decir que no se podrá recurrir únicamente a la Telemedicina para solventar determinadas situaciones, y que para el paciente han de estar activas las dos ofertas –tradicional y telemédica cuando ésta se quiera implantar- para evitar obstaculizar el acceso a las prestaciones sanitarias.

4. Las novedades sociales también tienen su lado oscuro. Las TICs han propiciado nuevas formas de rastreo de criminales y operaciones delictivas, pero también han contribuido a la modificación de

---

se solucionaban consultas, haciéndose expresa indicación de que trabajaban en ese Centro. Es despido es declarado improcedente tanto por el Juzgado como por el TSJ, porque consideran que no se trata de una desviación de pacientes, ni captación ilegal, ya que no constaba en la web que el médico en cuestión prestase tratamientos, sino únicamente cuestiones elementales.

102 En sus Directrices la OME opta por la previa autorización para ejercer la Telemedicina en el país del destinatario (donde el paciente tenga su residencia habitual). CARMEN MERCADO, Op. cit. p. 7.

103 La última modificación de la regulación de este Fondo se ha producido mediante el RD 1207/2006, de 20 de octubre.

los tipos objetivos de algunos delitos<sup>104</sup> pues Internet se ha revelado como medio y contexto de perpetración de figuras delictivas ya existentes, y de otras sobre las que los juristas reflexionan para darles un emplazamiento más adecuado<sup>105</sup>.

A los fines de este estudio, conviene recordar que se tendrá que estar vigilante: al intrusismo profesional, a la falsificación de recetas u otros documentos, a la afectación del honor y la propia imagen al divulgarse contenidos protegidos, a la usurpación del estado civil y a la venta de productos nocivos que

---

104 No sólo los relacionados con la propiedad intelectual. También pueden rastrearse la pederastia, el proxenetismo, tráfico de órganos o los delitos contra el honor.

105 Los delitos conocidos pueden quedarse atrás para calificar algunas conductas. El mayor desafío conocido hasta la fecha es tal vez el del llamado "Canibal de Rotemburgo". Armin Meiwes, que asesinó y devoró a otro hombre, Berth Jürgen Brandes, berlinés, que previamente había aceptado ser comido. Ambos contactaron en Internet, respondiendo el segundo a un anuncio que el primero había colgado en un foro de antropófagos, el "Canibal - Café". La noticia saltó a todos los diarios nacionales e internacionales. La Audiencia Provincial de Kassel lo condenó en el año 2004 a ocho años y medio de prisión, apreciándose el homicidio dado que la víctima había consentido tal modo de morir, y además porque el Código Alemán -como los de sus alrededores, siendo tachado por los fiscales como todo un desafío para el Derecho Penal Internacional) no tipifica el canibalismo. La Fiscalía por su parte solicitaba la cadena perpetua por asesinato con motivaciones sexuales y perturbación del descanso de los muertos. No obstante, el Tribunal Federal Supremo (BGH) obligó a repetir el juicio porque a su entender no se había evaluado correctamente la prueba, y el 9 de mayo de 2006 la Audiencia Territorial de Frankfurt revoca la sentencia y coincidiendo con la calificación de la Fiscalía condena al acusado a la máxima pena. Este suceso no dejó indiferentes ni a juristas, ni a profesionales médicos (psiquiatras), ni a sociólogos. Para demostrar la total convicción del sacrificado, Meiwes grabó en una cinta de video todo el ritual, que sirvió para que su abogado defendiera la tesis del homicidio equiparando lo sucedido a una especie de "eutanasia ilegal". Los psiquiatras no dieron su diagnóstico de forma inmediata, e incluso en la Audiencia de Kassel se decidió inicialmente que el autor estaba cuerdo. Lo más impactante fue que Meiwes afirmaba tener contactos en la red con otros 340 sujetos como él, por lo que algunos profesionales de la Sociología, al analizar esta situación, ya la han definido como "patología grupal". La alerta a la policía la dio un estudiante asiduo a estos foros, a quien intimidaba que este personaje afirmase que había probado la carne humana. Varios usuarios habían denunciado sus anuncios en la red en los que pedía encontrar a alguien que deseara ser comido: al parecer estaba buscando una nueva víctima porque se le estaba acabando la carne que tenía en el congelador. Por si fuera poco, los Tribunales han tenido que custodiar fuertemente las tres cintas en que queda grabado todo, pues existe un numeroso público ansioso de visionarlas. Suponen que en el mercado negro de las "snuff-movies" podrían alcanzar los 50.000 ó 60.000.-€. Antes de la condena de la Audiencia Territorial de Frankfurt había rumores sobre la compra de los derechos para hacer una película, y el abogado de Meiwes afirmaba que éste estaba escribiendo una autobiografía para disuadir a quienes tienen las mismas fantasías que él. Al fin, el segundo Tribunal parece zanjar esta locura, con una condena ejemplar, fundada también en el peligro que esta persona supone para los demás, y en la evaluación psiquiátrica final, que estimó que el acusado podría ser perfectamente reincidente en el futuro y que su trastorno era tan grave, que dudaban mucho de que se pudiera curar con terapia.

son adquiridos como supuestos medicamentos<sup>106</sup> en el ámbito de la vulneración de la Salud Pública. En particular a los modos de que se sirvan los delincuentes para burlar los controles de la Brigada de Delitos Tecnológicos de la Policía Nacional.

## VI. CONCLUSIONES.

1. La Telemedicina pretende: de un lado auxiliar la labor de los médicos y enfermeros, y de otro, producir efectos beneficiosos en la gestión del sistema sanitario.

2. Su aplicación no va a ser coto cerrado del Sistema Público sino que también los Centros Privados deberán de acogerse a estas innovaciones.

3. La Telemedicina introduce nuevos riesgos en el SNS que recaerán, tanto sobre aspectos organizativos como sobre el factor humano.

4. Para su tratamiento no ayuda el vacío legal existente. Las reformas concretas de la legislación sectorial sanitaria (básica y autonómica), en todo caso se complementarán con las reglamentaciones que impulsen los Colegios de Médicos (que actualmente se constriñe a la previsión deontológica únicamente), con la futura Ley de Administración Electrónica cuando el proceso telemédico sea de naturaleza pública y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, cuando sea de naturaleza privada.

5. El nivel de riesgo estará influido por el grado de dependencia o relación de proporcionalidad entre el resultado a obtener por las técnicas, y la evaluación positiva de los medios que han sido implantados en cada Centro.

6. Debe de ser exigible un mínimo de implicación en las TICs. Al menos el acceso a las bases de datos, el tratamiento de las tarjetas sanitarias digitalizadas, uso de videoconferencias, transmisión de datos a través de Internet, etc.

7. Sería aconsejable recurrir a las acreditaciones y habilitaciones administrativas, que partan, respec-

---

106 Tristemente famosos son ya: las ventas de pretendidos anabolizantes, hormonas de fertilidad o de la tan traída y llevada "Viagra", amén de diversos "remedios milagrosos" elaborados con opiáceos y anfetaminas.

tivamente, de las Comunidades Autónomas y de los Colegios Profesionales, para proveer servicios telemédicos e identificar a sus actuantes.

8. Una vez obtenidos los requisitos técnicos y de seguridad, deberá plantearse la forma de la que puede recuperarse la inversión realizada y cuál va a ser el grado de implantación, y si conviene avanzar en él.

9. Cuando se consiga una implantación homogénea en la Comunidad Autónoma, se deberá de informar a los ciudadanos mediante las “guías generales” que el SNS tiene obligación de editar a estos fines.

10. Para garantizar un correcto uso de las técnicas telemédicas en las evaluaciones que lleven a cabo las Agencias de Tecnologías de las CCAA, se tendrán que incluir previsiones de modificación de los actuales protocolos de aplicación de los tratamientos.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **A. Manuales**

1. MIR PUIGPELAT, O. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (Organización, imputación y causalidad). Civitas, Madrid, 2000.
2. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M, Sistema de Responsabilidad Médica. 3ª Edición, Comares, 2002.
3. LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G. El error médico. Dykinson, 2003, Madrid.
4. GUERRERO ZAPLANA, J. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Lex Nova, Madrid, 2003.
5. SISO MARTÍN, J. Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica (Un apunte jurídico dirigido a los profesionales sanitarios). Escuela Andaluza de Salud Pública, 2003, Granada.
6. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Médica y Hospitalaria. Boch, Barcelona, 2004.
7. La Reforma del Sistema Nacional de Salud (cohesión, calidad y estatutos profesionales). Marcial

Pons, 2004, Valencia. Coord. LUCIANO PAREJO, A. y otros. “Las Prestaciones Sanitarias del SNS: Catálogo de Prestaciones y Cartera de Servicios”, VIDA FERNÁNDEZ, J. y; “La calidad al servicio de la eficacia en el SNS”, LUCIANO PAREJO, A.

8. VARIOS, Derecho y Nuevas Tecnologías. UOC, Barcelona, 2005. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La Administración Electrónica”.

9. Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías. Coord. MURRILLO VILLAR, A. y otro. Editorial de la Universidad de Burgos, 2005 (in memoriam de su XX aniversario).

10. Principios de Derecho de Internet. 2ª Edic. Dir. GARCÍA MEXÍA, P. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. “La Administración Electrónica”, GUILLÉN CARAMÉS, J.

11. PRIETO MOLINERO, R. El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de responsabilidad por productos”, Dikynson, Madrid, 2005.

12. CORBELLÁ DUCH, J. Manual de Derecho Sanitario. Atelier, 2006, Barcelona.

13. DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. Responsabilidad Objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares, 2006, Granada.

### **B. Artículos en Revistas.**

1. DE LORENZO Y MONTERO, R. *Diario Médico*. “Telemedicina y Derecho”. Anuario, año 2001.
2. *Revista Española de Administración Sanitaria*. Vol V., nº 19, año 2001. PALAU, E. “Telemedicina: un intento de aproximación desde la gestión sanitaria”.
3. *Revista eSalud*. MERCADO CARMONA, C: Vol. 1, nº 2, año 2005. “La eSalud y el Derecho” y “La eSalud y el Derecho: 2ª Parte: Directrices del Comité Permanente de Médicos Europeos sobre Telemedicina: un Documento de interés”, en Vol. 1, nº 3 año 2005.

### **C. Documentos.**

1. Plan de Telemedicina. INSALUD. Ministerio de Sanidad y Consumo. Enero del 2000.

2. *Diario Europa al día*. Bol. N° 96, 2003. Directrices de la Organización Médica Europea para la implantación de la Telemedicina.

3. *Código de Deontología y Ética Médica de la Organización Colegial española (1999)*.



# UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA.

*Juan Luis Beltrán Aguirre*

Doctor en Derecho

Presidente de la AJS

**SUMARIO:** I. Sobre la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia. II. Sobre la competencia del Estado para regular la objeción de conciencia sanitaria mediante legislación básica. III. Sobre la capacidad de las Comunidades Autónomas para regular por ley la objeción de conciencia sin perjuicio de que el Estado lo haga con el carácter de legislación básica. IV. Propuesta de borrador de Ley de objeción de conciencia del personal sanitario.

## **I. Sobre la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia.**

La Constitución Española de 1978, a parte de la objeción de conciencia al servicio militar y la cláusula de conciencia de los periodistas, no contempla expresamente un derecho general a la objeción de conciencia. Tal genérico derecho tampoco se regula en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Igual ocurre con las Constituciones europeas, que a lo sumo contemplan la objeción de conciencia al servicio militar. En suma, como se puede constatar repasando el Derecho comparado, en ningún ordenamiento jurídico está sancionado un derecho general a la objeción de conciencia y cuando regulan concretos derechos a la objeción de conciencia no los califican de derechos fundamentales. El ejercicio de esos concretos derechos a la objeción de conciencia (servicio militar,

aborto, etc.), que reconocen diversos textos legales (Constituciones y Leyes), queda condicionado a la regulación que de los mismos hagan las leyes ordinarias.

No obstante, existe en la doctrina un consenso general en considerar que la objeción de conciencia es un derecho inherente a la persona, un derecho humano. Donde surgen las discrepancias es sobre si tiene o no la naturaleza o el carácter de derecho fundamental y si existe un genérico derecho a la objeción de conciencia y si como tal debe estar positivizado.

En nuestro sistema jurídico, la distinción entre derecho fundamental-derecho ordinario es importante pues los redactores de nuestra Constitución,

---

*1 Por ejemplo, regulan expresamente la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: Ley de 1 diciembre de 1984 de Holanda; Ley de 17 enero 1975 de Francia; Ley de 24 de mayo de 1989 de Dinamarca; Ley de 22 mayo 1978 de Italia; Código Penal de 18 mayo 1976 de Alemania. En España, la Ley 5/1999, de 21 de marzo, de Farmacia, de Galicia, en su artículo 6, contempla el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos.*

desde una concepción iuspositivista, diferenciaron los derechos fundamentales de los ordinarios dándoles un nivel de protección diferente. Los derechos fundamentales *strictu sensu* son los regulados en los artículos 15 a 29 CE<sup>2</sup>. Son derechos que no están afectados por la estructura autonómica del Estado pues su desarrollo directo se hace por ley orgánica y gozan de la protección especial regulada en el artículo 53.2 CE. El resto de derechos constitucionales, denominados derechos ordinarios, no gozan de tal protección especial y su regulación se hace por ley ordinaria estatal y autonómica.

En cuanto a la cuestión de si es o no un derecho fundamental, nuestro Tribunal Constitucional, matizando convenientemente su doctrina anterior, en la sentencia 160/1987, de 27 de octubre, ha precisado que la objeción de conciencia es un derecho constitucional, aunque no de carácter fundamental<sup>3</sup>. En esta sentencia dijo que, precisamente, es su excepcionalidad lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por la ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional. El razonamiento del Tribunal Constitucional, no rectificado sino reiterado en pronunciamientos posteriores<sup>4</sup>, es el siguiente:

“El T. C., sin embargo, se ha pronunciado ya por el entendimiento de que «los derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.<sup>a</sup>, Capítulo II, Título I, de su texto -STC 76/1983, de 5 de agosto-, exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en

---

<sup>2</sup> No significa esto que no existan o puedan existir otros derechos fundamentales así reconocidos por la dogmática y por otros ordenamientos jurídicos. No era esta la pretensión del constituyente. Simplemente, hace un listado de derechos humanos a los que califica de fundamentales al objeto de otorgarles un particular régimen jurídico de protección. Nótese que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio (art. 30 CE), no está incluido en este listado, es decir, no es un derecho fundamental.

<sup>3</sup> No obstante, el Tribunal Constitucional admite su protección mediante el recurso de amparo constitucional.

<sup>4</sup> En sentido análogo ATC 71/1993, de 1 de marzo.

cuanto tales derechos -STC 67/1985, de 26 de mayo-, pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de Leyes Orgánicas -STC 6/1982, de 22 de febrero-.

Lo expuesto nos lleva a una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II, Título I) relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales, ya que el derecho, nominatim, no está, en efecto, en esta lista constitucional de derechos y porque, además, dicha fórmula se corresponde literalmente con la del epígrafe de la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título I de la Constitución, deduciéndose de ello en principio que es a esa Sección, y sólo a esa Sección, a la que se refiere el art. 81.1 y no a cualesquiera otros derechos reconocidos fuera de ella. Lo que la doctrina de este Tribunal hace es delimitar el ámbito y alcance de una determinada garantía (art. 81.1 referido a la Sección 1.<sup>a</sup>), sin prejuzgar la existencia de otros derechos y de otras garantías, pero a los que no se extiende la de la Ley Orgánica.

3. Sin embargo, el Defensor del Pueblo, para fundar su postura -y frente a las tesis del Letrado del Estado y del Fiscal, que califican el derecho como de simple configuración legal- sostiene que la objeción de conciencia constituye, per se o por derivación del art. 16 C. E. (libertad ideológica), un verdadero derecho fundamental. No aporta, ciertamente, el Defensor del Pueblo argumentos bastantes para justificar su tesis, limitándose casi a afirmarla, también con el apoyo de la STC 15/1982. Pero esta afirmación no puede ser aceptada, porque tampoco de esta Sentencia se infiere que se entendiera que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental. Lo que en dicha Sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia, frente a la tesis que en la ocasión sostuvo el Abogado del Estado de que

tal derecho no está reconocido en la C. E., porque el art. 30.2 se limita a remitir al legislador la tarea de regularlo y determinar su existencia. En la STC 15/1982, de 23 de abril, se dice que la objeción de conciencia, dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, es un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que le equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión «la Ley regulará» del art. 30.2 que la necesidad de la *interpositio legislatoris*, no para reconocer, sino como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.

Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial -aquí su finalidad concreta- consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C. E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho cons-

titucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional.

En definitiva, el derecho a la objeción de conciencia, reconocido en el art. 30.2 C. E. no constituye una excepción a la doctrina citada respecto del art. 81.1, en el sentido de su remisión a los derechos fundamentales de la Sección 1.<sup>a</sup>, por lo que procede declarar que el desarrollo legislativo de aquel derecho mediante Ley ordinaria no es contrario a lo que dicho art. 81.1 preceptúa y, por ello, desestimar el recurso en este punto.”

Respecto a la cuestión de si en nuestro sistema jurídico se ha positivizado o no un genérico derecho a la objeción de conciencia, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 161/1987, de 27 de octubre, también se ha pronunciado al respecto afirmando que en el artículo 16.1 CE no se reconoce un derecho general a la objeción de conciencia. Al respecto, dijo lo siguiente:

“La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto.”

Situándonos en el ámbito de la dogmática, bastantes tratadistas, tanto desde la óptica de la Filosofía del Derecho como del Derecho Eclesiástico, afirman que la objeción de conciencia es un derecho fundamental<sup>5</sup>. Empero, tras comentar críticamente,

<sup>5</sup> Así, por todos, NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRON, J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Editorial Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, SIEIRA MUCIENTES, S. *La objeción de conciencia sanitaria*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, y MARTÍN SÁNCHEZ, I. “La objeción de conciencia del personal sanitario”, en el libro colectivo *Libertad Religiosa y Derecho Sanitario*, Editorial Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, pp. 49 a 110.

no todos, la doctrina del Tribunal Constitucional, se limitan a afirmar su carácter de fundamental, sin más, como si fuese algo *per se*, algo connatural a la persona y a la dignidad del ser humano. Así, desde una fundamentación ética sostienen la existencia de un derecho general y fundamental a la objeción de conciencia como una necesaria concreción de las libertades garantizadas en el artículo 16.1 CE (libertades ideológica y religiosa), no necesitando por ello de una mayor justificación o demostración jurídico-constitucional para su calificación de fundamental. Basta con una valoración del tema desde la ética e, incluso, desde una perspectiva religiosa, para alcanzar tal conclusión. Por el contrario, los tratadistas que enfocan el tema desde la óptica del Derecho Constitucional, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, tienden a negar que la objeción de conciencia sea un derecho fundamental, a la par que niegan la existencia de un genérico derecho a la objeción de conciencia derivado del artículo 16.1 CE<sup>6</sup>.

En cualquier caso, la generalidad de los tratadistas coinciden en que no puede darse una prevalencia total y absoluta a la ética privada sobre la ética pública, ética pública que se concreta en las normas aprobadas por mayoría en las sociedades democráticas, esto es, en el ordenamiento jurídico de un Estado democrático. La objeción de conciencia no puede ser ejercida directamente por cualquier ciudadano y en cualquier ámbito desobedeciendo dicho ordena-

---

6 Por todos, véase GARCÍA HERRERA M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Gobierno Vasco, 1991; ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., *quien en su reciente tratado La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Editorial Universidad Pública de Navarra, 2007, p. 96, afirma que “el mencionado derecho a la objeción de conciencia (art. 30) no debe calificarse como un derecho fundamental. Es un derecho ordinario, situado allende la sección que regula los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que su regulación no requiere de ley orgánica (SSTC 160/1987 y 161/1987, ambas de 27 de octubre, y ATC 71/1993, de 1 de marzo), pero que, a pesar de su condición de derecho ordinario, goza en cuanto a su protección del amparo del Tribunal constitucional; DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M., “Las libertades de la conciencia en el ordenamiento español.”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2/2003, Thomson-Aranzadi, 2003, quien afirma que de la Constitución difícilmente puede extraerse un derecho a la objeción de conciencia más allá del supuesto excepcional del artículo 30.2 CE, por lo que nada impide que el legislador otorgue tal derecho cuando lo estime oportuno, aunque se tratará siempre de decisiones constitucionalmente libres del legislador, que podrá dar y quitar tal derecho a la objeción de conciencia, así como dotarlo de la extensión que mejor le parezca, y *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi/Thomson, 2003, pp. 226 a 229, donde niega la existencia de un genérico derecho a la objeción de conciencia derivado del art. 16.1 CE..

miento jurídico y sin norma legal que la ampare. Ello, como ha dicho el Tribunal Constitucional, implicaría la negación del Derecho y del Estado. La obediencia al Derecho también es un imperativo ético, además de jurídico<sup>7</sup>. Y cualquier desobediencia u oposición al cumplimiento de un deber legal precisa de una norma que la legitime. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 15/1982, de 23 de abril, ya dijo que “De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor no está por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado...”. Y así, en el caso del aborto ha admitido su ejercicio sin mediar legislación. Pero también es cierto y claro que el máximo interprete de la Constitución postula, no ya la conveniencia, sino la necesidad de su regulación. Esta misma exigencia la prevé la Unión Europea. Así, en el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000<sup>8</sup> (DOC, núm. 364, de 18 de diciembre), con la rúbrica “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, declara en su apartado 2º que “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.”

Y es que, en efecto, tal regulación resulta imprescindible para compatibilizar la ética individual con la ética pública. El ejercicio de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario implica una colisión de derechos y deberes (el derecho del objetor a ejercerla colisiona con su deber legal de dar una prestación sanitaria y con el derecho subjetivo del usuario a recibir esa concreta prestación). Ante esta colisión de derechos y deberes no puede reconocerse y otorgarse una superioridad a la conciencia ética o

---

7 El artículo 9 de la CE establece que los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

8 Es bien conocido que esta Carta no tiene valor jurídico vinculante al no haberse incorporado al ordenamiento jurídico comunitario. Este mismo texto se había incorporado al frustrado proyecto de Constitución europea.

religiosa individual o de un grupo corporativo<sup>9</sup> sobre la ética pública, hasta el punto que impida el ejercicio y la efectividad de los otros derechos implicados, derechos de no menor valor. De ahí que al objeto de lograr el necesario equilibrio entre ellos sea preciso regular, mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, el contenido del derecho a la objeción de conciencia y los límites a su ejercicio, límites que han de ser proporcionales al fin con ellos perseguido, de manera que preservado el derecho a la objeción de conciencia, sin embargo, su ejercicio no repercuta negativamente sobre las previsiones legales ordenadas a la consecución de las condiciones establecidas constitucionalmente para el desarrollo de la vida individual y comunitaria, y resulte plenamente compatible con la conciencia social y democrática imperante en cada momento y con una convivencia social solidaria entre los ciudadanos.

Sentado lo anterior, esto es, su necesaria regulación legal, conviene dar un paso más y valorar si, en cuanto derecho constitucional ordinario, su regulación esta reservada sólo al Estado o también puede ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas en el ámbito de las materias sobre las que ostentan competencias (en nuestro caso la sanidad). Al objeto de dilucidar esta cuestión, importa sólo la doctrina o posición oficial del Tribunal Constitucional, que, como ya sabemos, es la de que se trata de un derecho constitucional, pero no fundamental, por lo que no precisa ser regulado por ley orgánica.

## **II. Sobre la competencia del Estado para regular la objeción de conciencia sanitaria mediante legislación básica.**

No cabe duda de que el Estado, utilizando los títulos competenciales derivados del artículo 149.1.1ª y 16ª CE, puede y debe regular la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. Las dos materias a que se refieren dichos apartados son, de un lado, “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes

constitucionales” y, de otro, las “bases de la sanidad”.

Respecto al alcance de la expresión “condiciones básicas” ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/2002, de 14 de febrero, reiterando otras anteriores, que:

“La expresión «condiciones básicas» no es sinónima de las locuciones «legislación básica», «bases» o «normas básicas», por lo que «la competencia “ex” art. 149.1.1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo», de forma que «el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

Por lo tanto, el título competencial del art. 149.1.1ª CE «lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales”

A su vez, en la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, ha precisado que:

“b) En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal “ex” art. 149.1.1º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos

<sup>9</sup> En el año 2003, el Presidente de la Organización Médica Colegial, llegó a afirmar que “El código ético médico se encuentra por encima de la Ley”. Véase *Diario Médico* de 23 de septiembre de 2003.

considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.

Por otra parte, tal como se ha indicado, constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una "regulación", aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico.

En definitiva, y para recapitular, el art. 149.1.1º CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas, sino, más exactamente, como ha quedado razonado, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la "igualdad de todos los españoles" representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justi-

fica y ampara el ejercicio de la competencia estatal."

En fin, la regulación estatal de la objeción de conciencia sanitaria conjugaría los dos títulos, esto es, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y las bases de la sanidad. Y al respecto, debe recordarse, de un lado, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, respecto de las condiciones básicas del 149.1.1ª afirmó que:

"la regulación de las condiciones básicas no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho (.....) será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias."

Y, de otro, que la sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio, sobre atención farmacéutica, refiriéndose al título competencial del artículo 149.1.1ª CE, puntualizó que:

"dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido."

### **III. Sobre la capacidad de las Comunidades Autónomas para regular por ley la objeción de conciencia sin perjuicio de que el Estado lo haga con el carácter de legislación básica.**

Como hemos visto, las Comunidades Autónomas tienen competencia para tal regulación en base a su capacidad para legislar sobre derechos y deberes constitucionales al objeto de establecer, en el marco de las condiciones básicas fijadas por el Estado para cada derecho (artículo 149.1.1º CE), el régimen jurídico del mismo, de acuerdo con el orden constitucio-

nal de competencias (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional de 61/1997, de 20 de marzo y 188/2001, de 24 de septiembre).

Dicho de una forma práctica, estaríamos en el mismo caso o supuesto que ocurrió con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, información y documentación clínica<sup>10</sup>. Con anterioridad a esta Ley, que a tenor de su disposición adicional primera tiene la condición de básica de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1º y 16º CE<sup>11</sup>, se habían promulgado algunas leyes autonómicas que, anticipándose a la básica del Estado, habían regulado la misma materia. Concretamente, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica; la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, sobre normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; y la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

Pues bien, en ningún momento el Estado se planteó impugnar estas leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional por invadir su competencia legislativa o, dicho de otra forma, por prematuras. Y ello porque si bien la regulación de desarrollo directo de los derechos fundamentales *strictu sensu* está reservada en exclusiva a la ley orgánica (artículo 81.1 CE) y, por ende, vedada su regulación a la ley autonómica, la regulación de los derechos constitucionales sin más, por el contrario, está abierta a la ley ordinaria, estatal y autonómica. Y es indiferente que la ley autonómica surja antes que la estatal.

<sup>10</sup> Durante el proceso de gestación de esta Ley se planteó la duda de si debía otorgarse el rango de ley orgánica por cuanto incidía en el desarrollo de derecho y libertades fundamentales. Finalmente, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional plasmado en la Sentencia 160/1987, de 27 de octubre, se entendió que bastaba con la ley ordinaria ya que los numerosos derechos que regula no se constituyen en sí mismos como derechos fundamentales. Lo mismo es predicable del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.

<sup>11</sup> Sobre la ubicación de esta Ley estatal en nuestro ordenamiento jurídico, véase el extenso estudio de PEMÁN GAVÍN, J. M., Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Estudios Jurídicos, Editorial Comares, 2005, pp. 276 a 296.

En efecto, en la relación norma básica-norma autonómica ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 85/1984, de 26 de julio) que las Comunidades Autónomas no necesitan esperar a que el Estado dicte la normación básica para disponer de inmediato de sus facultades normativas de desarrollo. Aquí cobra especial importancia el llamado *efecto desplazamiento*, que se produce cuando las leyes autonómicas contradicen la Ley básica, bien por ser anteriores a esta, bien por ser posteriores pero incide en ellas una posterior modificación de la ley básica estatal. Entonces, en virtud de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal, cuando son incompatibles se produce un desplazamiento de la Ley autonómica anterior por la Ley básica estatal posterior. Como ha dicho el Tribunal Constitucional se trata, no de una derogación, sino de una incompetencia sobrevenida (STC 109/2003, de 5 de junio, entre otras).

#### **IV. Propuesta de borrador de Ley de objeción de conciencia del personal sanitario.**

##### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La objeción de conciencia es un derecho constitucional, aunque no de carácter fundamental según ha precisado convenientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 160/1987, de 27 de octubre, en cuya virtud los ciudadanos y, en lo que aquí interesa, los profesionales sanitarios pueden abstenerse de realizar, por motivos éticos o religiosos, determinados actos clínico-asistenciales que les son jurídicamente exigibles. Pero como cualquier otro derecho, el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho absoluto que en sí mismo contemplado resulte suficiente para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, sino que tiene sus lógicas limitaciones en cuanto colisiona con otros bienes o derechos también constitucionalmente protegidos, hasta el punto de que la legitimidad de la objeción de conciencia se diluye cuando entra en conflicto con tales bienes y derechos -como lo son el derecho subjetivo de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias catalogadas-, y resultan dañados con la actitud del objetor.

Por tanto, ante esta colisión de derechos aparentemente contrapuestos, se hace preciso delimitar y regular, mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto al objeto de lograr el necesario equilibrio, el contenido del derecho y los límites a su ejercicio, límites que han de ser proporcionales al fin con ellos perseguido, de manera que preservado el derecho a la objeción de conciencia, sin embargo, su ejercicio no repercuta negativamente sobre las previsiones legales ordenadas a la consecución de las condiciones establecidas constitucionalmente para el desarrollo de la vida individual y comunitaria, y resulte plenamente compatible con la conciencia social imperante en cada momento y con una convivencia social solidaria entre los ciudadanos.

Ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 160/1987, de 27 de octubre, que el derecho a la libertad ideológica sancionado en el artículo 16.1 de la Constitución Española, del que deriva el derecho a la objeción de conciencia, admite la entrada del legislador para delimitar su contenido y alcance. A su vez, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de enero de 1998 también alude a la necesaria regulación del derecho a la objeción de conciencia, precisando que el instrumento adecuado es la Ley. Por su parte, el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DOC, núm. 364, de 18 de diciembre), con la rúbrica "Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", declara en su apartado 2º que "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio."

Así pues, no cabe duda de que las más altas instancias legislativas y judiciales contemplan y postulan la regulación legal del derecho a la objeción de conciencia. Y es que el ejercicio de este derecho, en cuanto exención a un deber jurídico legalmente exigible, en el ámbito de la función pública ha de hacerse con la observancia de los deberes inherentes al cargo o puesto de trabajo público, que atribuye una posición distinta a la correspondiente a cualquier ciudadano (ATC 1227/1988), por lo que requiere manifestación previa al respecto y expresa declaración de exención. De ahí que su ejercicio precise de una regulación jurídica que delimite su contenido, diseñe un procedimiento para encauzarlo, y, en defi-

nitiva, compatibilice su legítimo ejercicio con los deberes del propio objetor y con los derechos y bienes constitucionales a los que afecta.

También ha dicho el Tribunal Constitucional que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia conlleva en sí mismo la voluntaria renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas (STC 160/1987). En consecuencia, son constitucionalmente viables la existencia de un registro público de objetores, así como la apreciación por el órgano que haya de resolver otorgando o no la declaración de objetor, de los motivos del que se pretende objetor, que habrán de ser valorados de un modo objetivo, respetuoso y en un marco de estricta confidencialidad, pero que resultan imprescindibles para garantizar la autenticidad de la objeción. En suma, es legítima la objeción de conciencia, no la objeción de conveniencia.

En fin, la objeción de conciencia debe satisfacer condiciones de legalidad y de legitimidad. Su legalidad está en relación con la manifestación previa de la condición de objetor por quienes la actuación respecto de la que se objeta puede provocar un daño moral, con la exposición de los motivos en que la objeción se fundamenta y con el registro público de objetores. Su legitimidad está en relación con la ética, con la honestidad del objetor, de modo que no pueda ser cuestionada por su posible falsedad; debe ser coherente con la actitud y el comportamiento habitual del objetor y tiene que ser consistente con otras decisiones morales que el objetor toma habitualmente y con su manera de actuar.

La presente situación de total vacío normativo no es deseable. La objeción de conciencia sanitaria actualmente supera ampliamente los casos de interrupción voluntaria del embarazo, extendiéndose a otros muchos ámbitos clínicos y de investigación. Además, en un futuro cercano surgirán otros ámbitos sensibles a la objeción de conciencia en razón de los constantes avances científicos y técnicos de la biomedicina. Por tanto, disponer de esta regulación aportará la seguridad jurídica de que tan necesitada está su ejercicio así como facilitará la necesaria organización administrativa para el eficaz funcionamiento de los servicios clínico-asistenciales.

La Comunidad Autónoma de \_\_\_\_\_ tiene competencia para la presente regulación en base a su capacidad para legislar sobre derechos y deberes constitucionales al objeto de establecer, en el marco de las condiciones básicas fijadas por el Estado para cada derecho (artículo 149.1.1º CE), el régimen jurídico del mismo, de acuerdo con el orden constitucional de competencias (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional de 61/1997, de 20 de marzo y 188/2001, de 24 de septiembre); en el presente caso la competencia en materia de sanidad asumida en el artículo \_\_\_\_\_ del Estatuto de Autonomía.

## CAPÍTULO I.

### *Concepto y ámbito de la objeción de conciencia sanitaria.*

**Artículo 1.-** El derecho del personal sanitario adscrito a los centros y servicios del Servicio de Salud de ..... a manifestarse objetor de conciencia por razón de convicciones de orden ético o religioso, se ejercerá conforme a lo dispuesto en esta Ley.

**Artículo 2.-** 1. El personal sanitario tiene el derecho a manifestarse objetor de conciencia respecto de concretas prácticas clínicas o de investigación clínica en las que, por razón del puesto de trabajo que ocupa o la función que le corresponde desempeñar, haya de actuar directamente en la realización de las mismas, y a ser declarado formalmente objetor de conciencia cuando concurren las condiciones para ello y por el procedimiento fijado en esta Ley.

2. La declaración formal de objetor de conciencia implica una excepcional dispensa del cumplimiento del deber jurídico de realizar los concretos actos o conductas clínico-asistenciales o de investigación expresamente relacionados en la declaración.

**Artículo 3.-** Sin perjuicio de otros que se determinen en disposiciones legales o reglamentarias, son ámbitos de la práctica clínica e investigación clínica sobre los que cabe hacer objeción de conciencia:

- Interrupción voluntaria del embarazo, en las tres modalidades legalizadas.
- Prescripción de la píldora postcoital o del día después.

- Esterilización de personas.
- Actuaciones debidas en razón de las manifestaciones o instrucciones contenidas en los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas.
- Fertilización in vitro y procreación asistida.
- Transplantes de órganos.
- Tratamientos coactivos a enfermos psiquiátricos o discapacitados.
- Prácticas eutanásicas.
- Prácticas quirúrgicas transexuales.
- Otras prácticas clínicas (intervenciones sobre personas por procedimientos mecánicos, farmacológicos o de otra índole, que les causen trastornos o menoscabos orgánicos, funcionales, psicológicos o de conducta, o que atenten a su dignidad como persona).
- Utilización para la investigación de células troncales obtenidas de preembriones crioconservados sobrantes.
- Producción o prescripción de fármacos con finalidades abortivas.
- Clonaciones de embriones humanos con los que obtener células madre con finalidades terapéuticas o de investigación.
- Investigación con animales.

**Artículo 4.-** En ningún caso podrá ser invocada la objeción de conciencia para justificar la denegación de la asistencia a un paciente en caso de urgencia o cuando su vida o salud se encuentre en peligro como consecuencia de una intervención clínica, ni hacerla extensiva a la información clínica o sanitaria y al cuidado y atención general, anterior y subsiguiente a la intervención, que todo paciente pueda requerir.

**Artículo 5.-** La declaración de objetor de conciencia conlleva la prohibición de realizar o intervenir en las prácticas clínicas o de investigación sobre las que se ha objetado, en cualquier tipo de centros sanitarios o instituciones del sector público y privado.

## CAPÍTULO II.

### *Del Comité de Objeción de Conciencia en materia sanitaria.*

**Artículo 6.-** 1. Se crea el Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria.

2. El Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria dependerá orgánicamente de la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud, si bien dispondrá de total autonomía para el desarrollo de sus funciones.

3. Su régimen de funcionamiento se ajustará a lo dispuesto para los órganos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (o, en su caso, en la ley autonómica que regule la organización de la Administración).

**Artículo 7.-** Corresponde al Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria:

1°. Conocer de las solicitudes de declaración de objeción de conciencia y resolver sobre las mismas.

2°. Conocer de las peticiones y reclamaciones que eventualmente formulen los objetores de conciencia.

3°. Elaborar y custodiar el Registro Público de objetores de conciencia declarados.

4°. Hacer un seguimiento y control de las actuaciones clínicas y profesionales de los objetores de conciencia declarados al objeto de constatar que la condición de objetor de conciencia no les genera ventajas laborales o profesionales desproporcionadas.

5°. Delimitar los ámbitos clínicos y de investigación sensibles a la objeción de conciencia no enumerados en el artículo 3 de esta Ley o que puedan surgir en razón de los avances científicos y tecnológicos de la biomedicina.

6°. Delimitar convenientemente el personal sanitario de nivel A y B, que por tener una actuación directa en el acto sobre el que se objeta, está legitimado para ejercer el derecho a la objeción de conciencia.

7°. Elevar informes y proponer modificaciones legales o reglamentarias en las materias de su competencia.

8°. Elaborar una memoria anual de actividades que deberá remitirse a la Consejería de Salud.

**Artículo 8.-** 1. El Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria estará compuesto por los siguientes miembros:

a) Presidente. Lo será el director médico de cada uno de los hospitales del Servicio de Salud autonómico. Su mandato durará dos años. Se establecerá la rotación por sorteo.

b) Vocales:

- Los presidentes de los Comités de Ética Asistencial existentes.

- Un médico y un ATS con formación y experiencia bioética acreditada.

- Un letrado o asesor jurídico con conocimientos acreditados en legislación sanitaria.

c) Secretario: un letrado del Servicio de Salud autonómico.

2. La designación de los miembros elegibles se hará mayoritariamente por los directores médicos de los centros hospitalarios del Servicio de Salud autonómico.

## CAPÍTULO III.

### *Del procedimiento para la declaración de la condición de objetor de conciencia.*

**Artículo 9.-** 1. La solicitud de declaración de objetor de conciencia deberá hacerse por escrito y dirigirse al presidente del Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria. La solicitud deberá formularse al iniciarse la relación administrativa, funcionarial o laboral con la Administración sanitaria. No obstante, también podrá formularse durante la relación administrativa, estatutaria, funcionarial o laboral, con ocasión de un cambio de puesto de trabajo o de función.

2. La solicitud deberá contener:

a) Los datos personales y profesionales del solicitante.

b) Los concretos ámbitos de la práctica clínica o de investigación sobre los que se hace objeción de conciencia.

c) La exposición detallada de los motivos de conciencia que fundamenten la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y consiguiente exención del deber jurídico de actuar en el ámbito de las actividades clínicas o de investigación objetadas. Esta exposición podrá hacerse, a elección del objetor, por escrito junto a la solicitud u oralmente ante el propio Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria.

3. El Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria, cuando la exposición de los motivos sea por escrito, podrá recabar del solicitante que, por escrito u oralmente a su elección, amplíe los razonamientos expuestos en la solicitud. Igualmente, podrá recabar informes de los centros sanitarios donde el solicitante preste o haya prestado sus servicios. Los informes se solicitarán a través de la dirección médica del centro.

4. Desde el momento de notificación al centro sanitario de la presentación de la solicitud y hasta la notificación de la resolución por parte del Comité, el director médico eximirá provisionalmente al solicitante del deber de realizar las actividades clínico-asistenciales objetadas en el escrito de solicitud.

**Artículo 10.-** 1. El Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria resolverá todas las solicitudes que se le presenten y declarará haber lugar o no al reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y a la consiguiente exención de deber jurídico de actuar. Los miembros del Comité votarán si ha lugar o no a la solicitada declaración de objetor de conciencia, de acuerdo con la convicción que libremente se hubiesen formado sobre la base de las manifestaciones, informes y documentación examinadas.

2. Transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud sin que haya recaído y notificado la pertinente resolución, aquella se entenderá estimada.

3. Las resoluciones del Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria ponen fin a la vía administrativa. Podrán ser impugnadas potestativamente en reposición o directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**Artículo 11.-** Existirá un Registro Público de declaraciones de objeción de conciencia sanitaria. Su funcionamiento y las condiciones de acceso al mismo se determinarán reglamentariamente.

**Artículo 12.-** 1. El personal sanitario que haya obtenido la declaración podrá renunciar a su condición de objetor de conciencia en cualquier momento.

2. Cuando se realice alguna actividad respecto de la que se ha obtenido la declaración de objetor, tanto en el centro sanitario público donde desempeña su trabajo como en otro distinto, le será revocada la declaración de objetor de conciencia.

### **Disposiciones adicionales**

**Primera.** En todo caso, las autoridades sanitarias garantizarán que en toda la Red Asistencial Pública y dentro del Área de Salud a la que esté adscrito el ciudadano, presten servicio equipos medicosanitarios propios o contratados externamente, que garanticen la prestación sanitaria a la que el ciudadano tiene derecho subjetivo y sobre la que se objeta.

**Segunda.** Se adiciona al artículo..... (artículo que tipifica las infracciones administrativas de la Ley que regule la función pública de la Comunidad autónoma), el siguiente apartado: “El incumplimiento por el personal sanitario en cualquier actividad o centro sanitario del régimen de abstención derivado de la declaración de objetor de conciencia.”

### **Disposiciones finales**

**Primera.** Dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se constituirá el Comité de Objeción de Conciencia Sanitaria.

**Segunda.** En el plazo máximo de tres meses contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno de aprobará el reglamento de desarrollo de la misma.

**Tercera.** La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de

# **CONTAGIO TRANSFUSIONAL DE VHC. REFLEXIONES SOBRE LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO\***

*Carmen Blas Orbán*  
Doctora en Derecho  
Licenciada en Medicina y Cirugía

**INDICE GENERAL.** INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes. 2. Jurisprudencia. 2.1. Jurisdicción social. 2.1.1. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997. 2.1.2. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 1999. 2.2. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2.2.1. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999. 2.2.2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2000. 2.2.3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 2000. 2.2.4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2000. 3. Unificación de Doctrina. 4. Reflexión sobre el virus causante de la hepatitis C. 4.1. Estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños. 4.2. El contagio transfusional por VHC como suceso previsible. 4.3. El contagio transfusional por VHC como suceso evitable. 4.4. Informe emitido por el Ministerio de Sanidad, en 1986. 5. El “riesgo no permitido” de infección. Correcta actuación sanitaria. 5.1. Consentimiento informado. 5.2. Aplicación de la *lex artis*. 6. Problemática de la prueba. 7. Indemnización procedente. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA

## **Introducción**

Pocos actos humanos inspiran tanto respeto como el de una resolución judicial. Ello es perfectamente comprensible si partimos de aceptar que en su elaboración se encuentran presentes principios de tan alto valor como son la verdad, la justicia, y la libertad. Sin la verdad como base de las conclusiones que han de conducir a la resolución, difícilmente se puede aplicar correctamente la ley, y, en consecuencia, la libertad se quiebra.

Por ello, las reflexiones que se contemplan en el presente trabajo comienzan por, admitida la verdad en lo que afecta al relato de hechos, después de las pertinentes pruebas, remitirnos a la verdad científica.

Aunque los mencionados principios, que entendemos básicos, tienen validez con carácter de generalidad, se hace especialmente notorio en determinados actos que motivan la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. Limitamos el campo de investigación en el presente trabajo a los casos en los que, al amparo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio de hepatitis C (VHC), el paciente se siente defraudado en las expectativas que, en principio, parecen esperarse de la aplicación del texto de la correspondiente ley. En concreto, dedica-

---

\* Trabajo ganador del IV Premio derecho y Salud

mos nuestra atención a los pacientes que contrajeron hepatitis por VHC como consecuencia de una transfusión sanguínea en fechas anteriores a finales del año 1989.

Las fuentes que se utilizan para la elaboración del presente trabajo se encuentran en la abundante jurisprudencia, que se ha ido enriqueciendo a medida que la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivada del contagio de hepatitis C, iba aumentando su presencia ante los correspondientes Tribunales.

Respecto a la doctrina jurídica, no destaca por su participación sobre este tema concreto. Y nada nuevo se podría esperar del presente trabajo si en su elaboración no damos entrada a la merecida presencia de la verdad científica. Este es nuestro punto de partida, que ponemos en íntima relación con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Partiendo de estas fuentes, y manteniendo la objetivación como instrumento básico sobre el que opera la lógica, se pretende poner de relieve la situación en la que se encuentran una parte de los pacientes que en el presente padecen hepatitis C, contraída en fechas anteriores al último trimestre del año 1989, privados actualmente del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1</sup> por una interpretación desmesuradamente restrictiva del artículo 141.1 arriba mencionado.

En el análisis propuesto en el presente trabajo se reflexiona sobre esta realidad, por lo que se estimó necesario un análisis crítico general de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 25 de noviembre de dos mil<sup>2</sup>, a la que se dedica atención detenida, lo que nos condujo a entender que en el propio contenido de dicha Sentencia se encuentran argumentos suficientes para proponer y defender una posición justa, que no vulnere los derechos constitucionales del paciente afectado.

En estas reflexiones prevalece la intención de enfocar el tema desde distintos ángulos de visión, al objeto que no quede espacio para dudas, y puedan medirse con criterios objetivos los errores que parecen flotar en el “voto particular” que se emite en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 1999<sup>3</sup>, pues en este texto parece entenderse que el virus de la hepatitis C y el que se vino denominando no A no B carecen de relación entre sí.

Conducir al Tribunal a esta aparente creencia fue una labor fácil para el letrado del Insalud, quien actuó con desmedido énfasis para alcanzar su objetivo. Mucho más difícil va a ser desvirtuar la lograda aparente verdad, y reconducir el tema hasta que se sitúe al alcance de la fácil comprensión del lector que, aunque pueda ser ajeno a los conocimientos médicos, no lo es a la deducción lógica cuando se parte de premisas demostradas en la realidad práctica de los hechos. Alcanzar este objetivo es la intención de que mueve la voluntad del autor del presente trabajo.

Respecto a los profesionales de la medicina, a los que respeto con cariño, me complace decir que han sido mis mejores maestros, a los que debo, por lo menos, agradecimiento. Por ello deseo comenzar recordando que este trabajo se desarrolla dentro del ámbito de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, responsabilidad objetiva ajena a criterios de culpabilidad. Los valores éticos del profesional, ya sabidos y demostrados en su labor diaria, no son puestos en duda en ningún momento.

## **1. Antecedentes**

Para enfocar en su justa dimensión el tema que tratamos, no podemos ignorar la situación precedente a las fechas en las que se centran las materias que van a tener estudio detenido a lo largo de la presente exposición.

Por ello, hemos de empezar admitiendo que el contagio transfusional por virus de la hepatitis C (VCH) no era, ciertamente, un tema fácil de tratar,

---

<sup>1</sup> Artículo 24.1 de la Constitución Española.

<sup>2</sup> Sección sexta. Recurso de casación núm. 7541/1996.

---

<sup>3</sup> Sección sexta. Recurso de casación núm. 2132/1995.

por lo que nada debe sorprendernos la vacilación que se percibe en la jurisprudencia, y que el Magistrado José Guerrero Zaplana<sup>4</sup> nos invita a observar. Pero se hizo camino al andar.

Con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 31 de mayo de 1999, se inició una línea jurisprudencial en la que se marcaron ciertos principios básicos, pues dejó resuelta la cuestión relativa a la prescripción de las acciones de reclamación sobre la materia de los contagios de hepatitis C. Por otra parte, al tiempo que se resuelve el caso concreto que estudia, se dejaron claros otros importantes aspectos sobre el tema, razonando, con amplia e inteligente visión, la consideración del contagio como un daño antijurídico y, por lo tanto, indemnizable. Parecía una postura equilibrada y respetuosa con los intereses del paciente afectado, siendo seguida por otras sentencias en la misma dirección.

Por mi parte, entiendo que, quizá, en algún caso de los pacientes reclamantes de indemnización por daños sufridos en fechas anteriores a 1989, la generosidad haya mostrado su presencia en beneficio del paciente. Quizá, en efecto, fuese necesaria una corrección para alcanzar el punto de equilibrio entre la obligación legal de la Administración y las exigencias del reclamante.

Pero se precipitaron los acontecimientos sin haber alcanzado este punto de encuentro, y un número indeterminado de pacientes que contrajeron una hepatopatía vírica por vía transfusional en fechas anteriores a finales del año 1989, enfermedad que era previsible, por conocida, y que podía haber sido evitada en determinados casos, dependiendo de las condiciones y circunstancias concretas del acto médico - lo que razonablemente entendido nos conduce a afirmar que no estaban obligados a soportar el daño sufrido- quedaron privados, a partir de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de dos mil, del ejercicio de su legítima acción de responsabilidad patrimonial ante la lesión

---

<sup>4</sup> Magistrado Especialista en lo Contencioso Administrativo. Audiencia Nacional. "Sobre una ¿inadvertida? modificación de la Jurisprudencia en materia de contagio de hepatitis C", en La Ley, 2002, T.7, pp. 1868 y 1687.

sufrida como consecuencia directa de un acto médico dañino.

## 2. Jurisprudencia

Tarea difícil es la de precisar el número de sentencias en las que, con motivo de acciones interpuestas en fechas anteriores al 14 de diciembre de 1998, se ha expresado el parecer de los distintos tribunales de justicia, tanto en la jurisdicción civil,<sup>5</sup> como en la social y en la contencioso-administrativa; pero sí se sabe que la contradicción entre sentencias dictadas por distintas Salas del Tribunal Supremo en casos de contagios de VHC resultaba desorientadora y, aunque los distintos órdenes jurisdiccionales fueron progresivamente acercando su doctrina en lo que se refiere a la interpretación de los presupuestos para la exigencia de responsabilidad, hubo un período de tiempo en que sus pareceres mostraban las ostensibles diferencias que recordamos a continuación.

Por lo que respeta a la **jurisdicción civil**, y dado que el presente trabajo se centra en la responsabilidad patrimonial de la Administración en los contagios producidos por virus VHC, prescindimos del estudio de los numerosos casos de hepatitis vírica resueltos en dicha vía, al objeto de no abarcar una extensión innecesaria, limitando su entrada en este campo al contenido de aquéllas sentencias, especialmente significativas, que aportan luz apropiada y específica al tratamiento con el que, siguiendo las leyes de la lógica, han de ser enjuiciados los casos de contagio transfusional por un virus, que, posteriormente a su transmisión a la sangre del paciente, ha sido etiquetado como VHC.

En cualquier caso, es cierto que la comunidad científica internacional conocía, desde 1975, la existencia de un virus causante de la hepatitis que no era

---

<sup>5</sup> Es sabido que hasta el 14 de diciembre de 1998 no se ha producido una unificación por vía legal del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración, pues hasta dicha fecha los tres órdenes jurisdiccionales habían venido conociendo de estas cuestiones.

ni A ni B, así como lo es que no fue hasta 1989<sup>6</sup> cuando pudo identificarse el virus de la hepatitis C (VHC) y, por consiguiente, pudo desarrollarse el primer test de detección del virus en cuestión. También es cierto que en el Estado español, la obligación de analizar la presencia de VHC en las donaciones de sangre se impuso en octubre de 1990, como muy bien nos recuerda Miquel MARTÍN CASALS con motivo de su comentario sobre la Sentencia de 10 de junio de 2004<sup>7</sup>.

Pero cuando dicho autor continúa escribiendo que “cualquier análisis de la jurisprudencia relativa a los daños causados por sangre contaminada debe tener muy presente la existencia de este desfase temporal entre la identificación del virus, la posibilidad de detección y el establecimiento de la obligación de practicar las correspondientes pruebas de detección, pues es precisamente ese desfase el que origina dudas en torno a las posibilidades de exoneración del demandado”, hemos de entender que se está expresando dentro del ámbito del Derecho Civil.

Pero el presente trabajo se centra en al estudio de la *Responsabilidad Patrimonial de la Administración* sanitaria, y los parámetros por los que se rige esta responsabilidad reciben diferente valoración, lo que se pone de relieve en los epígrafes que siguen.

### 2.1. Jurisdicción social

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), en Sentencia de 5 de junio de 1991<sup>8</sup>, nos recuerda que “dentro del derecho laboral y administrativo el principio de responsabilidad objetiva vino ganando terreno día a día, y es consagrado constitu-

cionalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en el apartado 2 del artículo 106 de la Constitución”. Así, la Sala de lo Social deja atrás la clásica responsabilidad por culpa, para argumentar que:

[...] “la prestación de asistencia sanitaria dispensada por el Insalud a los beneficiarios de la S.S. [...] se incardina en el servicio público de protección a la salud, que, como tal servicio público, expresamente regido, además, por el principio de eficacia, resulta responsable de toda lesión que sufran los particulares en sus bienes o derechos como consecuencia de su funcionamiento normal o anormal, lesión que ha de ser indemnizada por el Estado, salvo que sea debida a fuerza mayor –arts. 40.1 LRJAE, 139.1 LEJAP y 106.2 CE- y que en esta responsabilidad objetiva del Estado se sustituye el punto de vista interno de la culpabilidad por el punto de vista externo de la simple causalidad”.

Por su parte, la lectura del texto de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, que posteriormente comentaremos, en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico Tercero, nos permite afirmar que

“La responsabilidad objetiva de la Administración, que actualmente aparece recogida en el art. 106 CE, es creación del legislador, y [...] ya estaba recogida en el art. 106 CE del mes de diciembre de 1931, en sentido análogo al apartado segundo del mismo art. CE vigente anteriormente mencionado; en el art. 129 de la Ley de 31 de octubre de 1935; en los arts. 405 y siguientes LRL de 1955; y en los arts. 376 y siguientes del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales; en el art. 121 LEF; en el art. 54 de la Ley 7/1985 del 2 de abril; y antes de su derogación, en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y actualmente en el art. 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de

<sup>6</sup> La Ley 14/2002, de 5 de junio, en su exposición de motivos, dice: “El virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de los medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre u productos hemoderivados, en forma de un test de detección de anticuerpos de VHC, que empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre, a tenor de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de octubre de 1990”.

<sup>7</sup> Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2005, núm. 67, p. 361

<sup>8</sup> Recurso de casación por infracción de ley núm. 989/1990. (RJ 1991\5131).

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulación efectuada bajo el principio de que no pesen sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad por medio de los correspondientes impuestos<sup>9</sup>.

Así, con el claro pronunciamiento de que el contagio transfusional de VHC constituye un supuesto de caso fortuito que genera responsabilidad objetiva de la Administración, con obligación de indemnizar al paciente por el daño sufrido, se vino pronunciando reiteradamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

### **2.1.1 Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997.**

Una vez más, se estudia la reclamación presentada por un paciente que ha sido afectado por una inoculación de VHC, producida en este caso en el año 1985.

Pero, apartándose de los criterios generales, y de sus propios precedentes, la Sala Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1997<sup>10</sup>, cambia sorprendentemente el enfoque sobre este tema, lo que genera el importante interrogante que motiva estas reflexiones.

En sus argumentos, el Tribunal parte de algo que nadie pone en duda: “la Administración responde por accidentes derivados de un caso fortuito, pero no de fuerza mayor”. Y decide, y así se expresa, que la inoculación de VHC producida antes de 1989 debe entenderse como un caso de fuerza mayor, por lo que no genera responsabilidad. Una afirmación con apa-

riencia de verdad absoluta, que merece, a nuestro juicio, ciertas puntualizaciones, y que sirve de punto de partida para elaborar el presente trabajo.

Parece procede preguntarse por el motivo que impulsa al Tribunal a dar un giro tan radical a la doctrina jurisprudencial, que venía entendiendo que el contagio transfusional por VHC era un suceso fortuito, enfocada la cuestión de distinción entre caso fortuito y fuerza mayor conforme a la propia doctrina jurisprudencial.

Por su parte, la prensa médica puso particular énfasis en la difusión del contenido de la sentencia que comentamos, y es en esta misma prensa<sup>11</sup> en la que, textualmente, podemos leer:

“La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo coincide plenamente con la voluntad del Gobierno, que en el proyecto de reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas remitido a las Cortes establece: No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos”. Y a continuación de lo escrito, se puede leer lo que sigue:

“Sin duda hay quien podría plantearse si la aprobación de un precepto de esta naturaleza no atenta contra el artículo 106 de la Constitución, que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que “sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, eso sí, “salvo en caso de fuerza mayor”.

Lo cierto es que, en el presente caso, el Tribunal admite, sin ponerlos en duda, los argumentos del letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, quien afirma que “el contagio transfusional es fuerza mayor tanto si se considera como suceso imprevisto o

<sup>9</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, pues por ejemplo en el Reino Unido de la Gran Bretaña la responsabilidad objetiva de la Administración surgió en el año 1947 a consecuencia del caso *Adams Taylor*. Vid. texto de la Sentencia de la Sala de lo Social del TS. de 22 de diciembre de 1997, ya referenciada.

<sup>10</sup> Núm. de recurso: 1969/1997.

<sup>11</sup> *Diario Médico*, jueves 12 de marzo de 1998.

previsto pero inevitable como si se atiende a su origen, que realmente es externo”.

Y, llegado este punto, no se puede evitar traer al recuerdo la distinción entre el virus VHC, causante de la hepatitis C, y el VIH, virus causante del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, por todos conocido como SIDA. Virus absolutamente diferentes, causantes de enfermedades muy distintas, aunque ambos virus se pueden transmitir por vía de transfusión sanguínea.

En el caso del SIDA, podemos afirmar que se trata de una enfermedad extraña en nuestra cultura, pues es sabido que el primer caso de Sida fue detectado en Estados Unidos en el año 1981. De esta enfermedad no eran conocidos ni su cuadro clínico ni su agente causal, lo que hacía muy difícil evitar su contagio. Pero este no es el caso de la hepatitis C, afección hepática que aunque no había sido etiquetada con un nombre concreto, sí se sabía de ella que formaba parte de las enfermedades conocidas por los médicos desde muchos años atrás. Era sabida su transmisión por vía sanguínea, y las medidas para evitar su contagio se iban conociendo a medida que la ciencia se adentraba en el estudio del tema.

Un dudoso, pero efectivo, juego de palabras pronunciado hábilmente por el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, que no fue acertadamente contestado por el abogado de la defensa, motivó la voluntad del Tribunal.

Y lo que es más. Se dio un giro al enfoque, que venía siendo generalmente aceptado por los distintos tribunales de justicia, sobre las reclamaciones realizadas por los pacientes afectados de un determinado tipo de hepatitis, sufrido como consecuencia de la sangre recibida por vía transfusional, cuya causa originaria era un agente vírico que se encontraba en la sangre del sujeto donante.

Es sabido y aceptado por todos que hasta el año 1989<sup>12</sup> no se consiguió aislar el agente causal de la

hepatitis C, pero también sabemos, y a la vista de los hechos debe ser igualmente aceptado, que este virus era conocido, desde muchos atrás, por sus efectos. Se sabía, asimismo, que producía una enfermedad hepática de considerable importancia, con gravedad variable dependiendo de distintos factores, pero que podía conducir al enfermo a una situación de cronicidad, con disminución considerable de su calidad de vida. Después de haberse aislado e identificado los virus causantes de la hepatitis A y de la hepatitis B, la antedicha enfermedad hepática, conocida por su sintomatología, continuaba transmitiéndose por vía transfusional, por lo que, entendiendo que otro virus, y no los ya aislados: A y B, era el productor de esta enfermedad, fue fácil denominarlo no A no B (NANB); pudiendo entenderse con esta denominación una especie de “cajón de sastre”, del que, llegado su momento, fue aislado el virus causante de la que pasó a ser denominada hepatitis C. Pero esta enfermedad no responde, en ningún caso, a la que el letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud describe cuando dice:

“El hecho de que el conocimiento humano ignora la existencia de un virus descubierto con posterioridad se ajusta al supuesto de que la causa que motiva (el daño) sea independiente y ajena al sujeto obligado, que es uno de los rasgos de la fuerza exonerante”.

El énfasis puesto por el letrado del Insalud al afirmar lo que antecede condujo al Alto Tribunal al pronunciamiento consiguiente:

[...] la prevención era imposible y externa a la actuación del Insalud, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones”.

A favor del letrado del Insalud sólo podemos decir que -en lo que hemos podido leer- él no se refirió al “contagio transfusional por virus de la hepatitis”, limitando la frase a “contagio transfusional”, sin es-

---

12 Fue en el año 1989 cuando, después de intensos trabajos sobre esta materia, y en base a los estudios de biología molecular efectuados por Michael Houghton y colaboradores que permitieron el clonaje del virus C de la hepatitis y el desarrollo de un test diagnóstico de anticuerpos, se alcanzó a determinar el prin-

---

cipal causante de este tipo de hepatitis denominada no A no B. Ello ha posibilitado el desarrollo de técnicas de inmunoensayo y el diseño de un test de enzimoanálisis que permite detectar la presencia de anticuerpos frente al virus de la hepatitis C.

pecificar qué enfermedad se contagiaba dentro de las muchas que pueden transmitirse por esta vía. Pero los médicos sabemos, y era perfectamente conocido en aquella fecha, que es muy elevado el número de enfermedades, incluyendo las víricas, que se pueden transmitir por medio de una transfusión de sangre. Y sabemos que todos los virus no pueden ser tratados bajo los mismos parámetros, ya que cada uno de ellos tiene su propia “historia natural”.

Lo dicho nos conduce a entender que el letrado del Insalud no se estaba refiriendo a la hepatitis<sup>13</sup>, sino al SIDA<sup>14</sup>, cuando afirmó, dando posibilidad a la sentencia arriba referenciada:

“Estamos ante un suceso extraordinario, cuyo origen es tan externo a la prestación sanitaria como todo proceso en el que se descubre en la humanidad una nueva dolencia”

Aunque parece evidente que aplicó la afirmación al caso de autos, haciendo uso de una desmedida e injustificada extensión.

Porque el letrado del Insalud sabía —o tenía obligación de saber— que la hepatitis por virus C, aún sin haber alcanzado a tener un nombre individualizado, era conocida desde decenas de años atrás. La mejor prueba de ello la tenía presente, de haberla solicitado, dentro del propio organismo en el que prestaba sus servicios:

---

13 Cuando sucedieron los hechos que motivaron la intervención del letrado del Insalud, el conocimiento humano no ignoraba la existencia del virus causante de la hepatitis C, cuya presencia estaba muy lejos de ser un suceso extraordinario, pues la humanidad conocía esta dolencia desde decenas de años atrás, y la ciencia venía dedicando muchos años a su investigación y estudio.

14 El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de octubre de 2001, declara entre los hechos probados que el primer caso de Sida fue detectado en Estados Unidos en el año 1981; que en el año 1983 era conocida su transmisión por vía transfusional, y que fue a finales del año 1983 cuando comenzó a utilizarse un método de laboratorio, el Westean Blot para descubrir su presencia en la sangre. Una Orden Ministerial de 1984 exigía reglamentariamente que a todo donante de sangre se le hiciera un reconocimiento externo y se le practicaran pruebas analíticas. Sobre esta misma sentencia puede leerse un comentario escrito por PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles, en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil; enero/marzo de 2002, pp. 325-350.

De hecho, fue en mayo de 1986 cuando la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente al Ministerio de Sanidad y Consumo, había redactado y distribuido un Informe con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada “hepatitis no A no B”. Siguiendo los criterios de la Asociación americana de Bancos de Sangre, se aconsejó en dicho Informe la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaninotransferasa (ALT), así como otras “pruebas alternativas para la hepatitis no A no B”<sup>15</sup>.

El hecho de que dicho criterio preventivo no haya sido aplicado en todos los hospitales de nuestro entorno, al margen de cuál haya sido el motivo, no nos permite decir que la ciencia no los conociera y que no existiera ninguna técnica de aplicación preventiva, conforme al estado de la ciencia en cada momento.

Pero queda suficientemente claro que no sólo dentro del ámbito médico, sino también en el campo de la propia Administración, era conocida la existencia de unas hepatopatías víricas, a las que se les denominaba no A no B.

Si la prevención del contagio de estas enfermedades, entre las que se encontraba la hoy denominada hepatitis C, no la puso en práctica la Administración, fue debido, según se puede leer en publicaciones sobre el tema<sup>16</sup>, a que esta medida preventiva suponía tener que tirar un número considerable de unidades de sangre por no cumplir los requisitos exigibles.

Pero ello no nos autoriza a negar que, en fechas anteriores a finales de 1989 el contagio de la enfermedad que hoy se conoce como hepatitis C era previsible, ni nos permite negar, asimismo, que esta enfermedad pudiera haber sido evitada en ciertos casos. Que, pasado el tiempo, el ciudadano se encuentre afectado por esta hepatopatía, ya es suficientemente malo por sí mismo, pero que, además, vea rechazada

---

15 Hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 1994 (Arz. 3482).

16 Entre otras, la escrita por Francisco COMINGES CÁCERES, “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, publicada en la Revista de Administración Pública, núm. 155, 2001, p. 196.

su petición de indemnización con argumentos como los que utiliza en este caso el letrado de la Administración sanitaria, nos conduce a percibir con claridad que se está vulnerando, manifiestamente, el artículo 106.2 de la Constitución española<sup>17</sup>.

Respecto a la jurisprudencia, ya en la Sentencia de 18 de febrero de 1997<sup>18</sup> se recuerda la injustificada inaplicación de medidas preventivas, que debieron haberse tenido presentes:

[...] dado el muy elevado porcentaje de casos de contagio de hepatitis no A no B [...] por vía de transfusión de sangre que se producía en la época, *reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo...*

Ante lo expuesto, el letrado de la parte reclamante podía haber intervenido con relativo acierto - aunque con dudosa fortuna dado el énfasis mostrado por parte del representante de la Administración sanitaria- si no se hubiera sentido sorprendido por el giro que tomaba el caso ante una oposición no esperada. Ello explica que no acudiera a un experto médico, por lo que no acertó a encontrar la respuesta adecuada al caso. Ciertamente, se encontraba en notoria desventaja frente al letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud.

Nada decimos del Tribunal que, por sí mismo, carece de conocimientos médicos para hacer distinciones entre virus causantes de enfermedades tan distintas como lo son el SIDA y la hepatopatía por virus C. Los argumentos utilizados por el letrado del Insalud, quien, de haberlo intentado, sí hubiera dispuesto de asesoría médica, llevaron el tema al terreno pretendido en defensa de los intereses económicos de

la Administración sanitaria, apoyándose en la letra de la Ley<sup>19</sup>.

### **2.1.2. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 1999 .**

En la dirección iniciada, tal como se anuncia en el artículo de prensa comentado, se mantuvo esta Sala de lo Social, como podemos comprobar en el caso del que, a continuación, se hace muy breve comentario, comenzando por un escueto relato de hechos:

Paciente que en el año 1984 sufrió un accidente, motivo por el cual hubo de ingresar en una UCI, siendo multitransfundido con diversas unidades de hemoderivados. En 1983 se le detecta una hepatitis crónica activa que no responde al tratamiento médico.

El afectado presenta reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, que el juez de lo Social desestima. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia revoca la sentencia y condena al Insalud al abono de la cantidad reclamada.

Por la representación del Insalud se formalizó recurso de casación para unificación de doctrina, en el que se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la que hemos comentado en el epígrafe anterior, dictada el 22 de diciembre de 1997 por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En dicha resolución, el Alto Tribunal reconoce la existencia de fallos contradictorios y la necesidad de unificar criterios. Se insiste en el hecho cierto de que la obligatoriedad de las pruebas de la detección del VHC no se produjo hasta la aprobación de la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1990 y los primeros kits comerciales para la determinación de los anticuerpos no aparecieron hasta finales de 1989, por lo que Sala Cuarta del Tribunal Supremo entiende que el contagio fue inevitable. Pero nadie menciona la

---

<sup>17</sup> Dice este artículo: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

<sup>18</sup> Jurisdicción civil. Arz. 1240. Ponente Sr. ALMAGRO NOSETE.

---

<sup>19</sup> Art. 141.3 de la Ley 30/1992 [ RCL (Repertorio Cronológico de Legislación) 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] , en la redacción de la Ley 4/1999, de 13 de enero [RCL 1999, 114, 329].

<sup>20</sup> Núm. de recurso 3227/1998.

negligencia cometida en su día por la propia Administración sanitaria, quién desoyó los consejos de la Asociación americana de Bancos de Sangre.

Lo cierto es que, en principio, se hicieron realidad aquéllas palabras escritas en el ya citado artículo de prensa médica cuando dice:

“Cualquier intento de poner en tela de juicio la reforma en relación con la Constitución ha quedado vetada –al menos en la fuerza que pueda tener un precedente- por el Alto Tribunal, que ha insistido en dicha sentencia en que el contagio transfusional sí constituye un supuesto de fuerza mayor”.

Sin embargo –y podemos añadir, afortunadamente- la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo continúa manteniendo una postura más equitativa, siendo un claro ejemplo de ello su sentencia de 31 de mayo de 1999, que comentaremos a continuación, pues entiende indemnizable el caso de un paciente afectado por VHC en el año 1986.

## 2.2. Jurisdicción Contencioso-administrativa

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Así consta en el texto de la Sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2000. (Recurso núm. 435/1998). Del Fundamento de Derecho segundo de esta misma sentencia de la Audiencia Nacional, transcribimos el párrafo que sigue, por entender su contenido de valor permanente:

Actualmente se admite que dicha responsabilidad de la Administración surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante.

Esta naturaleza objetiva de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, que constituye un principio cardinal en el régimen administrativo, tal como lo regula la Constitución, debe ser exigida<sup>22</sup> con el mayor rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo no sólo la propiedad, sino también otros bienes constitucionales de la mayor importancia: la vida y la integridad física de las personas.

### 2.2.1. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999<sup>23</sup>.

Una vez aceptado por el Tribunal que la acción se presenta dentro de plazo<sup>24</sup>, dedica su atención a determinar si concurre causa de fuerza mayor determinante de exclusión de responsabilidad, no sin antes afirmar que la prueba de la existencia de fuerza ma-

---

“Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de expropiación forzosa (RCL 1954, 1848 y NDL 12531), en el art. 121 y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (RCL 1957, 1058, 1178 y NDL 25852), en los arts. 40 y 41, de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de derecho social y democrático (art. 1 de la Constitución) y se desarrolla en los art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394 y 1765), que aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial”.

<sup>22</sup> Seguimos en este apartado el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996 [RJ (Repertorio de Jurisprudencia) 1996\ 7124].

<sup>23</sup> Sección 6ª. Recurso de casación núm.2132/1995.

<sup>24</sup> Esta Sentencia fue esencial por cuanto resolvió la cuestión relativa a la prescripción de las acciones de reclamación y estableció un criterio muy amplio para el cómputo del plazo señalado en el artículo 141.5 de la Ley 30/1992, según nos recuerda el Magistrado José Guerrero Zaplana en su publicación: “Sobre una ¿inadvertida? modificación”... cit., pág. 1686.

yor, como causa determinante de exclusión de la responsabilidad, corresponde a la Administración.

Nota diferencial con las sentencias comentadas pertenecientes a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es el enfoque que la Sala de lo Contencioso-Administrativo hace de la interpretación del concepto de “fuerza mayor”. Con apoyo en la elaboración jurisprudencial sobre las figuras jurídicas de caso fortuito y fuerza mayor el Tribunal nos recuerda que:

En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad, indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización”.

“En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que pudiera ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio”<sup>25</sup>.

En líneas generales, podemos decir que en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es aceptada la presencia de fuerza mayor como causa eximente de responsabilidad administrativa, pues se viene entendiendo<sup>26</sup> que “la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo del obligado, que no

---

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sea, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente al sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3233) (apelación 1075/1992).

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 de febrero de 1998 (RJ 1999, 1622).

hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, como guerras, terremotos, etc.”

El Alto Tribunal concluye que en el caso de autos no puede hablarse de fuerza mayor en la producción del resultado. Y continúa examinado el asunto con la nueva luz que aporta la redacción dada al artículo 141.1 LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero que ha modificado, como es sabido, la Ley 30/1992.

Dado que los hechos que se juzgan sucedieron antes de la entrada en vigor de dicha modificación, cuida el Tribunal que no se entienda que deba aplicarse este nuevo texto con carácter retroactivo, pues estima que este principio estaba ya latente en la regulación anterior.

Con justo criterio, entiende el Tribunal que

**“...no basta que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso –y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración”, cosa que no ha hecho**<sup>27</sup>.

Después de lo expuesto, la Sala presta atención al argumento presentado por el Insalud acerca del contenido de una Orden de 4 de diciembre de 1985<sup>28</sup>, y ello da motivo para que se traigan a colación el Decreto de 26 de junio de 1975<sup>29</sup> y el Real Decreto de 9 de octubre, así como un Decreto anterior, del año 1965<sup>30</sup>, que regulan la hemodonación y los Bancos

---

<sup>27</sup> Por lo que se refiere a la carga de la prueba, la Sala del Alto Tribunal nos recuerda el contenido de su Sentencia de 15 de diciembre de 1997: “el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración”.

<sup>28</sup> RCL 1986\207 y ApNDL 2051.

<sup>29</sup> RCL 1975\1436 y NDL, nota a 15376.

<sup>30</sup> RCL 1965\2017; RCL 1965\2040 Y NDL 15376.

de sangre, porque lo que hay que demostrar aquí – continúa diciendo el Alto Tribunal- “no es solo la evolución de los conocimientos científicos sobre la hepatitis sino también el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha en la que la transfusión se practicó, pues los Bancos de sangre existían y estaban regulados de manera muy precisa en la fecha en la que sucedieron los hechos.

Por otra parte, entiende el Alto Tribunal que era preciso saber de dónde procedía la sangre que se empleó en la transfusión, y si esa sangre reunía las condiciones de calidad que las normas exigen.

Y a continuación, con una agilidad y acierto envidiable, el Tribunal dirige sus razonamientos hacia una dirección que entendemos fundamental, y dice:

“Los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas derivada del acto médico no se agotan con lo dicho. Porque hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un hecho viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor”.

En tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva.

Pero aún en tales circunstancias, no ve la Sala como admisible la posibilidad de intentar la resolución del caso que se juzga permitiendo la entrada al caso fortuito, pues busca la razón en la no ilicitud del resultado, es decir, en la ausencia de antijuricidad de la lesión.

En el caso de autos, el Alto Tribunal estimó que ni ha habido fuerza mayor, ni cabe hablar de ausencia de antijuricidad de la lesión, ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo –la Administración- la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo; y aún en el caso de que se hubiera admitido la presencia del caso fortuito, no es bastante para enervar la responsabilidad demandada a la Administración.

En consecuencia, se entiende probado que el acto médico de la transfusión sanguínea practicada al paciente ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración puede obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración.

Sigue diciendo el Alto Tribunal:

“Y como este daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio [...] por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado”.

Por ello, condena al Insalud a abonar determinada cantidad económica, que en la sentencia se fija, como indemnización a pagar por los daños producidos al paciente con el acto médico de la transfusión sanguínea.

Admirable Sentencia que, por su contenido, acierto, y la fuerza que de ella emana en los puntos que estudia, merece ser tenida como referencia en el presente trabajo.

La sana filosofía que se percibe en esta Sentencia nos dirige a estimar la necesidad de estudiar, caso por caso, tal como parece de justicia, cada una de las reclamaciones presentadas por los pacientes afectados por enfermedad derivada del VHC transfusional, aún cuando la sangre afectada haya sido transfundida en fecha anterior a finales del año 1989.

Todo ello, sin olvidar nunca que se trata de una responsabilidad objetiva, que tradicionalmente inspira nuestro vigente derecho administrativo.

Este estudio individualizado nos permitirá comprobar como, en un número difícil de cuantificar en el presente, pero cierto, de los pacientes que fueron transfundidos en fecha anterior al año 1989, sí hubiera procedido la indemnización por daños producidos por el contagio transfusional de virus causante de la hepatitis C.

Sin embargo, la Sala no llega a esta conclusión por unanimidad.

### ***Voto particular***

Dos de los Magistrados disienten del criterio de la mayoría, pero no en lo que se refiere a las figuras jurídicas de caso fortuito o fuerza mayor, pues dejan su opinión al respecto absolutamente clara:

“Es nuestro parecer que en el supuesto enjuiciado la cuestión a dirimir no está en si hubo caso fortuito, por el que la Administración debe responder, o fuerza mayor, de la que aquella no es responsable, pues no cabe duda que, al inocularle un virus al solicitante de la indemnización en la transfusión de sangre que se le hizo durante una intervención quirúrgica por los servicios del Instituto Nacional de la Salud, falta el elemento de ajenidad que caracteriza la segunda”.

Estos Magistrados acuden, en defensa de su resolución, no directamente a la redacción dada por Ley 4/1999 al artículo 141.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues parecen admitir que es inaplicable al caso enjuiciado dada la fecha de acaecimiento de los hechos. Entienden que esta redacción no modifica los criterios jurisprudenciales acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya naturaleza de objetiva venía configurándose legalmente y definida jurisprudencialmente, sino que ha incorporando la doctrina jurisprudencial relativa a la antijuridicidad del daño, que no existe cuando el perjudicado tiene el deber de soportarlo, por lo que el mencionado texto legal ha introducido la nueva precisión al determinar los perjuicios indemnizables. En conclusión, estiman

que debe ser denegada la reclamación del paciente en base a lo que sigue:

[...] “nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a la Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado”<sup>31</sup>.

Esta afirmación contiene una gran verdad, por lo que no será discutida aquí. Lo discutible es si el contagio del agente productor de la hepatopatía, causada por el VHC, fue forzosamente imprevisible, y si, de admitir su previsibilidad, fue, necesaria y forzosamente, inevitable. Y, especialmente, si aquél virus que causó la hepatopatía sufrida por el paciente como consecuencia de la transfusión (algo que nadie puso en duda) es el mismo virus que, posteriormente, aparece como causa de la hepatitis C que le fue diagnosticada al mismo paciente.

El demandante de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración actúa correctamente cuando reconoce que “después de haberle sido practicada la transfusión de sangre en el curso de la intervención quirúrgica a la que hubo de ser sometido, se le diagnosticó que padecía una hepatitis no A no B, la que después se relacionó con aquella transfusión sanguínea”.

Sin embargo, en el voto particular, el Magistrado dice:

[...] “si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aún no se había aislado el virus de la hepatitis C (como lo de-

---

<sup>31</sup> Así lo declaró esta misma Sala en Sentencia de 7 de febrero de 1998 (RJ 1998\1444), recurso de casación 6282/1993, en el Fundamento jurídico tercero.

muestra el aludido diagnóstico), resulta imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente”.

A decir verdad, el paciente que dijo haber sido contagiado con el virus de la hepatitis no A no B actúa correctamente cuando presenta una reclamación ante la Administración alegando el diagnóstico de hepatitis C. La ciencia y la técnica, con su avance, permitieron que a finales de 1989 este virus pudiera ser aislado del conjunto de los que se encontraban en el grupo no A no B, pero no apareció de nuevo en el organismo del paciente como enfermedad desconocida hasta entonces.

Respecto a la prueba, al objeto de precisar si el contagio de la hepatopatía podía haber sido previsto y evitable, es sabido que en materia de responsabilidad patrimonial se viene admitiendo que sobre la Administración pesa dicha carga. Pero los Magistrados que emiten su voto particular disienten con base en el argumento que sigue:

“[...] sobre la Administración pesa la carga de probar cuál sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y en ello coincidimos salvo cuando tal situación sea notoria o se deduzca de los propios hechos admitidos por quien pretende la declaración de la responsabilidad patrimonial de aquélla, y esto es lo que consideramos que sucede en este caso”.

Con todo el respeto que la opinión de dichos Magistrados inspiran al autor del presente trabajo, no es posible admitir como cierto que la situación fuera notoria en lo que respecta a la no previsibilidad e imposible evitabilidad de la hepatitis vírica que afectó al paciente, muy conocida su existencia en fecha anterior a finales del año 1989; y era sabido en el medio sanitario que podía evitarse el posible contagio siempre que fuera racional y médicamente posible evitar la transfusión; cuyos riesgos eran sobradamente sabidos, aún antes de haberse aislado el virus causante de tal enfermedad. La Administración tenía la obligación

de probar que, en aquél paciente concreto, en presencia de sus datos clínicos y de sus circunstancias vitales, el contagio de esta hepatopatía vírica era inevitable.

Evidentemente, la labor del letrado del Insalud resultó muy efectiva en cuanto a la información proporcionada a los Magistrados disidentes<sup>32</sup>, quienes, posteriormente, tuvieron una influencia demostrada en la Sentencia de la misma Sala, de 25 de noviembre de 2000.

Continuando el comentario de la Sentencia que ocupa este epígrafe, diremos que carecemos de datos suficientes que nos permitan un estudio pormenorizado de la afección y estado clínico del paciente en los distintos momentos en los que fue sometido a intervención quirúrgica y recibió la transfusión, por lo que no podemos pronunciarnos sobre la posibilidad de un tratamiento alternativo que permitiera evitar la enfermedad contraída. Sólo sabemos, porque así se contempla en la sentencia, que nadie ha puesto en duda que aquélla (la intervención quirúrgica) y ésta (la transfusión) se efectuasen para restablecer la salud de aquél (el paciente).

Respecto a la prueba, aunque es sabido que corresponde a la Administración demandada, los Magistrados del Alto Tribunal que disienten con la mayoría no lo entienden así, pues a su juicio se trata de un hecho evidente, entendiendo por tal la fecha del asilamiento del VCH.

Una posición muy cómoda y aparentemente convincente. Pero sabiendo, como sabemos, que en la fecha en la que sucedieron los hechos era sobradamente conocida la existencia de esta enfermedad y su transmisión por vía sanguínea, pudo perfectamente haberse esperado de la Administración su obligación de probar que, dado el estado clínico en el que se encontraba el paciente, y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento, era inevitable dicho tratamiento. Sólo en este caso podría calificarse el daño sufrido por el paciente como no antijurídico, pues ésta pudiera haber sido una de esas ocasiones en

<sup>32</sup> *Excmos. Sres D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. José Manuel Sieira Míguez.*

las que la causación del daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor.

Y, como esto no se hizo, como la Administración no probó la necesidad de la transfusión, aún admitiendo, como no puede ser menos, que los médicos no la efectuaron para producir daños al paciente, hemos de entender que es absolutamente justa la resolución emitida por la mayoría de los Magistrados:

“Estando probado que el acto médico o sanitario de la transfusión ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieran prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión o como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración. Y como este daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio [...] por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado”.

A esta sentencia, y en esta misma dirección, siguieron las dictadas los días 19 y 30 de octubre de 2000, relativas ambas a contagios de hepatitis C.

### **2.2.2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del <sup>33</sup>Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2000 .**

Lo que se debate aquí es una posible responsabilidad patrimonial como consecuencia del contagio de hepatitis C en el curso de un tratamiento hospitalario en instalaciones del Insalud, en el que la paciente

estuvo internada entre el 29 de julio y el 13 de agosto de 1988. En 19 de diciembre de 1988 fue diagnosticada de hepatitis aguda aunque sin proceder a su clasificación.

Nos recuerda el Tribunal, en esta Sentencia, el contenido de la de 31 de mayo de 1999<sup>34</sup> de esta misma Sala, en lo que se refiere a la distinción entre ciencia y técnica. Estimamos que este es un aspecto de la cuestión a estudiar que adquiere protagonismo real en el presente trabajo. Por ello, transcribimos su contenido:

“La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido -conviene advertirlo- de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse, por ejemplo, cuando el hombre conoce solo los efectos de un fenómeno pero no sus causas; pese a ello, el hombre tendrá que enfrentarse con esos hechos, aunque -precisamente porque no posee la ciencia deberá hacerlo a través de meros tanteos y de intuiciones más o menos certeras; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico.

<sup>33</sup> Recurso de casación para unificación de doctrina, núm.8780/1999.

<sup>34</sup> RJ 1999\ 6154.

La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese, también que el precepto habla de "estado" de esa ciencia y de "estado" de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable -imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de "adelanto" de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una "ganancia", aunque los hechos, en ocasiones, vengan a desmentir esa creencia. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su "avance" constante, pasan por diversos "estados" cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica -analizando la serie completa de esos distintos "estados"- o sincrónica -estudiando un "estado" determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico -que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica- hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen -y engendran- otras teorías".

### **2.2.3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 2000<sup>35</sup>.**

En el caso que aquí se comenta, el paciente afectado por una hepatitis C, consecuencia de un acto médico, recibió la sangre contaminada en 1986, año

<sup>35</sup> Recurso de casación para unificación de doctrina, núm. 8549/1999.

en el que sufrió una pancreatitis severa, para cuyo tratamiento precisó de varias transfusiones sanguíneas que se efectuaron entre febrero y marzo de dicho año.

En recurso de casación para unificación de doctrina, el Insalud alega prescripción de la acción, manifestando que habrá que tomarse como "dies a quo" el del diagnóstico de la enfermedad. Sobre este problema hay doctrina de este Tribunal Supremo que data, por lo menos, de 1983, estableciéndose con carácter general que el plazo no comienza a correr hasta que se estabilizan los efectos lesivos<sup>36</sup>.

En esta línea, mantiene el Tribunal que en el caso de la hepatitis C se estima que el daño es de carácter continuado e ininterrumpido, y que no se puede confundir el hecho causante (la fecha del contagio) con las simples consecuencias, siendo éstas el objeto de la indemnización a que aquél da origen.

No admite la Sala la presencia de fuerza mayor, tema muy estudiado en la Sala de lo Contencioso-administrativo y, resuelto el punto de la no prescripción de la acción, se dice:

"Comprobada la realidad del daño, existiendo nexo causal entre la transfusión y el haber contraído la terrible enfermedad, siendo el hecho mismo del contagio imputable a la Administración, y tratándose de un daño antijurídico -es decir, un daño que el lesionado no tiene el deber de soportar- es patente que existe una responsabilidad extracontractual del INSALUD".

Por ello se estima que el paciente debe ser indemnizado por los daños ocasionados con el acto médico dañino.

Después de estas tres sentencias en la misma dirección, notoriamente inclinadas a respetar el derecho de los pacientes afectados por una enfermedad directamente relacionada con una transfusión previa de

<sup>36</sup> Sentencias de 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4118); de 9 de abril de 1985 (RJ 1985, 1802); de 28 de abril de 1987 (1987, 2534); de 1 de junio de 1988 (RJ 1988, 4367); de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1474); de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3750); y siguen otras muchas a las que nos remite la Sentencia que comentamos de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9116).

sangre, causante de una hepatitis denominada no A no B, parece que se ha encontrado el camino correcto para dar respuesta adecuada a los pacientes que se ven afectados por una hepatopatía por VHC contraída antes de finales de 1989. Pero, sorprendentemente, la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, contradiciendo de un modo aparentemente visceral su postura precedente, en un caso similar a los anteriores, declara la inexistencia de responsabilidad administrativa ante el contagio transfusional de hepatitis C.

#### **2.2.4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2000**

Esta sentencia, de 25 de noviembre de 2000, merece ser resaltada especialmente, pues ella representa el punto de encuentro entre un antes y un después de una posición cuya escasa fortuna es el interrogante central sobre el que gravita todo el conjunto de la presente obra.

Para empezar, diremos que entre los Magistrados intervinientes en la misma se encuentran los dos que emiten su voto particular en la Sentencia, ya comentada, de fecha 31 de mayo de 1999. Pero en esta ocasión tienen mayor poder de convicción, en lo que se refiere a la aceptación de sus argumentos<sup>37</sup>.

En esta sentencia no se percibe un equilibrio de poderes. La Administración, a través de su letrado, demuestra su superioridad frente al defensor de los derechos constitucionales del paciente que, en la práctica, se muestra como la parte más débil.

Cierto que la influencia del letrado de la Administración sobre el Alto Tribunal puede parecer justificada si partimos de entender que, teóricamente entendido, la Administración se supone imparcial, mientras se puede dudar de las motivaciones que impulsan al reclamante. Pero, en la realidad, tal como se expone en el presente caso, la Administración no se muestra objetiva al defender su posición, sino que persigue simplificar el tema; mientras que para el paciente pueden estar en juego valores de alto nivel, entre los que figura su dignidad. Por supuesto que

también el dinero tiene su presencia siempre en una reclamación patrimonial, como justa indemnización por una lesión sufrida cuando el paciente no tiene obligación de soportar el daño.

Nada negativo podemos decir del Tribunal, que actúa con el convencimiento de que los argumentos en los que basa la sentencia son el resultado de un silogismo de elemental aplicación. A ello se suma que aquí, como sucede tantas veces en distintas cuestiones, las circunstancias bajo las que actúa, y el empeño de la Administración en aligerar el peso que le corresponde, al que hemos de añadir la carga de la prueba, no dejan a la Sala mucho margen para atender la justa petición del reclamante.

Por otra parte, pesa considerablemente el Informe Científico elaborado conjuntamente por el Instituto de Salud Carlos III, la Real Academia de Medicina, la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y la Sociedad Española de Virología, informe que se ha evacuado en diversos recursos contenciosos tramitados ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional sobre esta cuestión. En este informe se ha fijado el último trimestre de 1989 como el momento en el que aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano.

Ello ha hecho suponer al Tribunal –hábilmente conducido por el letrado de la Administración– que antes de esta fecha no era posible reconocer la presencia en sangre del virus causante de la patología clásica de la denominada posteriormente hepatitis C. Gran error, sin duda, que permitió decir a algún autor<sup>39</sup>: “Desde principio de los años ochenta se han generado diversas situaciones de alarma social ante los frecuentes contagios de enfermedades infecciosas acaecidos en los hospitales, principalmente públicos, de la Unión Europea. Enfermedades como el SIDA (VIH) en un principio, la hepatitis C (VHC) posteriormente...”

Ya queda dicho que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que se presentó con un

37 *Recurso de casación núm. 7541/1996.*

38 *Ponente Exmo.Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.*

39 *COMINGES CÁCERES, Francisco: “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por contagio de hepatitis C”, Revista de Administración Pública, núm. 155, pp. 193 -222.*

cuadro clínico desconocido hasta entonces, de forma brusca y alarmante, creando una justificada alarma social, sí fue de aparición reciente respecto a la fecha, pues en nuestro ámbito científico y cultural el primer caso fue detectado en Estados Unidos en 1981<sup>40</sup>, quedando admitido que el año 1983 era conocido el Sida y su transmisión por vía transfusional, siendo a finales de este mismo año cuando se comenzó a utilizar un método de laboratorio, el Westean Blot, para descubrir su presencia en la sangre. Pero este no es el caso de la hepatitis C, conocido su cuadro clínico y la existencia del agente vírico causante de su patología desde varias décadas antes del final trimestre de 1989, aún cuando hasta este año no aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano, como muy bien se dice en el Informe antes mencionado.

Volviendo a centrarnos en el tema que motiva nuestra atención preferente, nadie duda sobre la necesidad de unificar los criterios a seguir sobre las resoluciones referentes al contagio de hepatitis C acaecidas en fechas anteriores a finales de 1989. Pero, la decisión tomada en este caso por el Alto Tribunal se sitúa en una posición en la que cierra posibilidad de amparo a un número de pacientes que no están obligados a soportar el daño causado por el desafortunado acto médico.

Y ello es así porque en la sentencia que comentamos se ignora la verdad científica, que muy bien pone de relieve la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 7 de octubre de 1993<sup>41</sup>:

[...] “una cosa es que en el año en el que se realiza la transfusión no se contemplara la obligación de efectuar las pruebas para la determinación de los anticuerpos del virus anti-VHC y otra distinta que no se pudiera constatar científicamente la existencia de otro tipo de hepatitis responsable hasta el 90% de las hepatitis postransfusionales (HPT) denominadas por esa misma razón no A no B. Entre estas hepatitis se

encontraba -lo que era conocido en el ambiente médico- la que en 1989 fue etiquetada como hepatitis C”.

Cualquiera que haya sido el motor impulsor, lo cierto es que con la resolución dictada por el Alto Tribunal en su Sentencia de 25 de noviembre de 2000, parece haberse dado por finalizado el tema de la reclamación patrimonial a los pacientes que sufrieron un contagio transfusional por VCH en fechas anteriores a finales de 1989, cerrándose con ella las discusiones sobre el tema. Pero, si pudiésemos aplicar aquí expresiones propias del ámbito médico, sería acertado decir que se “cerró en falso”. Y, cuando esto sucede en Medicina, se aplica el bisturí para abrir de nuevo la herida y sanear los tejidos dañados.

Esta posibilidad nos la permite la propia Sentencia que estamos comentando en el presente epígrafe. Y decimos esto porque, no obstante lo expuesto, el Alto Tribunal, en un aparente intento de justificarse ante sí mismo frente a la resolución que adopta, aprovecha el pequeño espacio que le permiten los distintos argumentos que presenta el letrado de la Administración, y vela por los intereses del paciente –considerado éste con carácter de generalidad-, cuando dice:

[...] “su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que **nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender el restablecimiento de la salud del enfermo**<sup>42</sup>, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguien-

40 El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de octubre de 2001, así lo declara entre los hechos probados.

41 Sección 1ª (AC 1993\2121).

42 Esta expresión se encuentra también en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 (Recurso de Casación núm. 2132/1995), entendiéndose los Magistrados que emiten su voto particular, tal como expresan en el apartado quinto, que “su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se efectuasen para atender al restablecimiento de la salud de aquél, razón por la que no debe imponérsele a la Administración demandada [...] la carga de probar un hecho evidente, en el que el propio perjudicado basa su pretensión...”

te, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial [...] para que nazca la responsabilidad de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer que <Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.....>

Volviendo a utilizar un lenguaje no frecuente en el ambiente jurídico, pero de clara significación práctica, podemos decir que, si bien es cierto que, con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de noviembre de 2000 el Alto Tribunal **cierra la puerta** a las posibles reclamaciones patrimoniales de los pacientes de hepatitis C, cuyo origen se encuentra en transfusiones de sangre efectuadas en fechas anteriores a finales de 1989, también lo es que **deja abierta una ventana** a estas posibles reclamaciones de enfermos con dicha afección vírica.

Hemos de aceptar como cierto que, en líneas de generalidad, la transmisión del virus causante de la hepatitis que motiva este estudio, era, desde decenas de años atrás, perfectamente previsible. Si esta hepatopatía fue evitable o no, es algo que se tendrá que tratar y analizar en cada caso concreto, en el ámbito de los Tribunales de Justicia, pero no se le puede negar al paciente, a priori, el ejercicio de su posible acción, con base en una cuestión terminológica.

### **Comentario**

Por parte del autor del presente trabajo, la Sentencia que se comenta en este epígrafe merece el mismo juicio que se ha emitido en la de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997, con la cual tiene mucho en común.

Otros autores, si duda más expertos en el tema<sup>43</sup>, no vacilan en decir de ella que:

[...] "tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico, como desde el punto de vista moral que debe presidir la acción de un Estado de Derecho, la expresada resolución no parece muy acertada".

Después de poner de relieve las diferentes posiciones de los distintos Tribunales ante hechos idénticos, PELAYO PARDOS entiende que, moralmente, parece reprobable la postura de quienes mantienen que el Estado no tiene porqué soportar el elevado coste económico que supone indemnizar a los afectados, cuando el principio de solidaridad social es básico en un Estado de Derecho.

Por otra parte, compartimos con dicho autor la opinión que expresa cuando dice que desde el punto de vista científico es difícilmente defendible que en 1989 no se conociese en España el virus de la hepatitis C. Parece incuestionable que, en cada caso, debieron haberse cumplido las obligaciones en aquel momento exigibles, pues el nivel de los conocimientos científicos -que evidentemente existían- modula la diligencia que es exigible dentro del marco de la asistencia sanitaria.

### **3. Unificación de Doctrina**

Tomada al azar, entre las muchas Sentencias del Tribunal Supremo que tratan sobre este mismo tema, traemos al presente la de 19 julio 2005<sup>44</sup>, en la que se puede leer:

"Esta Sala del Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso de casación 7541/1996 [ RJ 2001, 550] ), viene considerando (Sentencias de 10 de febrero [ RJ 2001, 2629] y 19 de abril de 2001 [ RJ 2001, 4172], entre otras), en armonía con la doctrina de la

<sup>43</sup> PELAYO PARDOS, Santiago. "La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo": Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 70, marzo 2000.

<sup>44</sup> Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Sala Cuarta de este mismo Tribunal Supremo recogida, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997 (recurso 1969/1997 [ RJ 1998, 737 ] ), 3 de diciembre de 1999 recurso 3227/1998 [ RJ 1999, 9349 ] ), 5 de abril de 2000 ( recurso 3948/1998 [ RJ 2000, 3284 ] ) y 9 de octubre de 2000 ( recurso 2755/1999 [ RJ 2000, 9420 ] ), que, cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento [...] no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo...”

Se ampara la precedente afirmación en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, normativa legal que preside la elaboración del presente trabajo.

Esta dirección quedó marcada para el futuro, y así, en Sentencia de 25 de septiembre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana<sup>45</sup> nos recuerda la del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6ª, de 13 de diciembre de 2004 - recurso 1360/2001- en la que se manifiesta:

“El problema del contagio del acto sanitario, realizado en Hospital público, de hepatitis C –debatido múltiples veces por nuestra Sala- ha dado lugar a una extensa jurisprudencia que puede ya hoy tenerse por definitivamente establecida en la Sentencia de 19 de junio del 2001, casación 1406/97”.

Sin embargo, con el mayor respeto, parece que debemos inclinarnos a admitir que esta jurisprudencia, que la Sala entiende como definitivamente consolidada, contempla **algunas excepciones**, que pasamos a comentar en las páginas que siguen, con apoyo, como ya queda dicho, en la posibilidad que nos ofrece la propia sentencia de 25 de noviembre de 2000

que sirve de referencia para la unificación de doctrina.

Preparamos el terreno para dar entrada a estas **excepciones a la doctrina jurisprudencial** valiéndonos, entre otros argumentos ya expuestos, de las reflexiones que siguen a continuación.

#### **4. Reflexión sobre el virus causante de la hepatitis C.**

El protagonismo que adquiere la expresión legítima actuación administrativa que no se hubiera podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos es evidente.

Llegado este punto, se hace preciso que dediquemos nuestra atención al agente productor de la hoy denominada hepatitis C, enfermedad conocida dentro del ámbito médico muchos años antes de que fuera aislado el virus causante de la misma. Independientemente de las dudas que parecen existir en el ambiente jurídico, la existencia del virus causante de esta hepatopatía era conocido dentro del ámbito sanitario, así como su transmisión por vía sanguínea; y era, asimismo, conocido el cuadro clínico que desde muchos años atrás venían sufriendo los pacientes afectados con la sangre contaminada con el agente productor. Se sabía, pues, lo mínimo suficiente para poder evitar su transmisión a una parte de los pacientes que resultaron afectados por esta importante enfermedad.

Al estudio y conocimiento de esta enfermedad le han entregado los investigadores tiempo y dedicación, y aún hoy quedan importantes dudas sin resolver. Pero con los datos procedentes de la valiosa y continua labor de investigación realizada sobre este virus, nos encontramos en condiciones de poder afirmar que un número indeterminado de hepatitis contraídas por vía transfusional en fechas anteriores al año 1989, pudieron haber sido evitadas.

##### ***4.1. Estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños.***

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de de 31 de mayo de

45. JUR 2006\109366.

1999, ya comentada, dedica una gran atención al análisis de la distinción entre la ciencia y la técnica. Repetimos aquí uno de sus párrafos.

[...] “no basta que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que este estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso de autos -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración”.

El estudio que hace el Alto Tribunal sobre los conceptos de técnica y ciencia merece ser leído con detenimiento, por el rigor con el que fueron estudiados y expuestos, pero remitimos al lector al texto original<sup>46</sup> y resumimos diciendo, como lo hace la Sala:

“Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el artículo 141.1, inciso segundo, LRJ-PAC, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido”.

Llegado este momento, es grato traer al presente las manifestaciones del Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro, hechas a través de su **voto particular** en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 19 de junio de 2001<sup>47</sup>. En el curso de la deliberación, dicho Magistrado formuló un voto particular discrepante con la mayoría de los componentes de la Sala, entendiendo que debió de haberse estimado la pretensión formulada por el recurrente. Con una dosis considerable de prudencia, en el fundamento jurídico segundo, dice:

[...] “en un tema como éste, en el que inevitablemente hay que hacer referencia al estado de la ciencia y de la técnica prefiero la consulta directa de estudios y trabajos monográficos sobre la materia, por más que no siempre esté en condiciones de ca-

lar el sentido último de algunos significantes, tratándose de campos científicos ajenos a la comunidad científica a la que pertenezco. Valga de excusa a mi atrevimiento que nos hallamos ante un caso en que se echa de menos una prueba pericial”.

Después de lo dicho, continúa:

“Y por ello me parece que no resulta del todo impertinente añadir que estos datos tendría que haberlos proporcionado la administración, así como también que este Tribunal Supremo cuando actúa -y es aquí el caso- como Tribunal de casación, no puede acordar la práctica de pruebas, y que, incluso, sólo muy excepcionalmente puede entrar en cuestionar la valoración de la prueba hecha por las salas de instancia.

Y como no es la primera ocasión en que nuestra Sala se ve literalmente “atada de pies y manos” por no disponer -obviamente como remedio de empleo excepcional y limitado- de la potestad de acordar la práctica de prueba “para mejor prever” [...] hago patente esta carencia que debería ser remediada, aunque ello obligue a replantear los límites de una justicia casacional”.

Por mi parte, no tengo palabras suficientes para agradecer al Excmo. Sr. Magistrado dichas inquietudes, muy en línea con mis propios compromisos y valoraciones, aunque con mayor credibilidad y acierto del que el modesto autor del presente trabajo puede aportar. En su voto particular, dicho Magistrado expone muy interesantes aspectos de la cuestión que tratamos, de la que sólo extraemos<sup>48</sup>, para trasladar a este texto, párrafos muy concretos, pero de especial interés para la comprensión del tema en estudio.

---

*48 Se contempla en este texto una pequeñísima parte del contenido del voto particular la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 19 de junio de 2001. Remitimos al lector al texto completo dado el interés y claridad que se perciben en la labor del Magistrado (RJ 2001\10059), así como a la Sentencia de 31 de mayo de 1999, parcialmente comentada, en la que hace un amplísimo estudio sobre la relación entre la ciencia y la técnica (RJ 1999\6154).*

---

*46 Recurso de casación núm.2132/1995.*

*47 RJ 2001\10059.*

El Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro, entiende, y así se expresa:

- **“Sobre la identificación del agente causal que empezó siendo denominada Hepatitis no A no B (HNA-NB)”**:

*Introducción.*- A mediados de los años 70 comenzó a describirse un tipo de hepatitis, muy frecuente en receptores de transfusiones sanguíneas, que no estaba relacionado serológicamente con los marcadores de los virus de hepatitis A (VHA), ni B (VHB), ni con ningún otro virus hepatotropo. Al virus causante de este tipo de hepatitis se le denominó virus de la hepatitis no A no B (HNANB) y posteriormente se vio que era el responsable de más del 90% de casos de hepatitis postransfusional.

Los intentos por identificar el agente causante de la HNANB han pasado por numerosas dificultades. Tras muchos esfuerzos se ha podido identificar a dos de los agentes implicados en la HNANB. Por un lado, el virus de la hepatitis E (VHE), responsable de la HNANB epidémica y por otro el agente causal de la mayoría de las formas de NHANB, denominado en la actualidad virus de la hepatitis C (VHC).

Pues bien, esto quiere decir que el virus de la hepatitis que luego se llamó Hepatitis no A-no B (HNANB) aparece descrito ya en trabajos publicados en 1975, y que se sabía entonces que era responsable de más del 90% de los casos de hepatitis postransfusional.”

- **“De la primera propuesta de existencia de la hepatitis C al momento en que se tuvo una base firme para la caracterización del virus de la hepatitis C”**:

La existencia de uno o varios virus de la hepatitis C fue propuesta por primera vez por Price et al en 1974, tras la observación de la alta frecuencia de hepatitis postransfusional, en pacientes sometidos a cirugía cardiovascular, sin evidencia de infección por virus de la hepatitis B.

Una editorial aparecida en Lancet en 1975 acuñó el término de hepatitis no A no B para una patología cuyo diagnóstico debía ser hecho por exclusión,

Fue en 1989, cuando, utilizando métodos de biología molecular, investigadores de la Chiron Corporation clonaron un gen del virus de la hepatitis no A-no B, proporcionando una base firme para la caracterización del genoma del virus de la hepatitis C (VHC).

Con procedencia bibliográfica diferente, lo antedicho con el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro coincide, en lo esencial, con el contenido del epígrafe que sigue a continuación, y que es ampliamente conocido por los médicos de nuestro entorno.

#### **4.2. El contagio transfusional por VHC como suceso previsible**

1.- Ya en el año 1956<sup>49</sup>, los estudiantes de Medicina de nuestro país conocían la existencia de una hepatitis vírica, cuya etiopatogenia era distinta a otras hepatitis ya conocidas, y así se estudiaba en la asignatura de Patología Médica. Se sabía que esta hepatitis era transmitida por vía sanguínea, hasta tal punto que se consideraba como una enfermedad iatrogénica, es decir: producida por el propio médico con motivo de una inyección parenteral que portara la sangre infectada. Se contempla así, con absoluta claridad, en un libro muy conocido entre los profesionales médicos, que lleva por título *Compendio práctico de Patología Médica*, del que eran autores A.V. Domarus y P. Farreras, redactado y puesto al día por Pedro Farreras Valentí, profesor adjunto de Patología y Clínica Médicas en la Facultad de Medicina de Barcelona; con la colaboración de Egidio S. Mazzei, catedrático de Clínica Médica<sup>50</sup>

Asimismo, monografías de amplia difusión médica, como la que lleva por título *Tratamiento de las hepatopatías*, de Editorial Científico-Médica (Barcelona, Madrid, Lisboa, Río de Janeiro) contemplaban la existencia de hepatitis viral transmitida por medio de la sangre.

---

<sup>49</sup> En este epígrafe, el autor del presente trabajo relata su propia experiencia personal como estudiante de Medicina que era en el año 1956.

<sup>50</sup> Universidad de Buenos Aires. Quinta edición, página 124.

Queda, pues, entendido, que los médicos que ejercían profesionalmente en nuestro país, tanto en sus consultas privadas como en las clínicas y hospitales del sector público, conocían perfectamente los posibles riesgos de una transfusión sanguínea, conocimiento que se hacía extensivo a los propios estudiantes de Medicina. Pero sabían ya mucho más.

2.- En realidad, tan pronto como fue conocido el hecho de que existían hepatitis de etiología viral, distintas a otras formas de hepatopatía, como lo son las hepatitis medicamentosa, alcohólica y otras muchas ya estudiadas, los investigadores emprendieron esta nueva vía de estudio. Intensos trabajos y distintos medios fueron ensayados hasta que se pudo identificar el virus de la hepatitis B, como podemos leer en la conocida revista JAMA<sup>51</sup> de 1975, muy difundida, en nuestro país, en español, que contienen una amplia bibliografía sobre este tema.

3.-A mediados de los años 70, fue introducido el término de hepatitis no A no B para asignar aquellos cuadros de hepatitis que no podían ser atribuidos a los agentes víricos que habitualmente causan hepatitis en el hombre, ya conocidos por su nombre en aquella época, como son los virus A, B, D, Epstein-Barr y citomegalovirus, los cuales podían ser identificados con precisión mediante pruebas serológicas, y que se sabía no eran debidas a causas no infecciosas de hepatitis (fármacos, etanol, etc.). La existencia de este tipo de hepatitis se puso en evidencia fundamentalmente en pacientes con hepatitis postransfusional.

La hepatitis aguda no A no B (la que ahora motiva nuestra atención) es subclínica en la mayoría de las ocasiones, pero se estimaba que aproximadamente la mitad de los casos evolucionaban a la cronicidad, y en un 20% a cirrosis hepática. Después de numerosas investigaciones, se logró la transmisión de esta enfermedad a animales de experimentación.

Cierto que en 1980 aún no se había conseguido la caracterización completa del agente vírico causal de la hepatitis no A no B (NANB). Pero existían técnicas elementales que permitían detectar dicho virus,

aunque no se hubiera alcanzado a lograr el aislamiento e identificación del que, en el último trimestre de 1989 fue denominado virus de la hepatitis C (VCH).

Situándonos en el momento actual, se sabe que un elevado número de casos de hepatitis no A no B se deben al virus C, virus obtenido al clonar el genoma de un virus no A no B<sup>52</sup>. Y si bien es cierto, como ya queda dicho, que el estado de la ciencia no permitía identificar el virus de la hepatitis C en fecha anterior al año 1989, ello no impedía que fuera conocido el riesgo de contraer por vía de transfusión una conocida enfermedad que, pasado el tiempo, fue denominada hepatitis por virus C.

Así pues, antes de ser conocido por su nombre concreto, el VHC era conocido por los daños que producía, y se sabía que formaba parte de un grupo de virus al que se denominó NANB, lo que, a efectos prácticos sobre la salud del paciente, viene resultando de importante utilidad práctica. Si se hubieran rechazado, como donantes de sangre, a aquéllas personas con antecedentes de padecer una hepatopatía, o fuera estudiada la sangre cuando podían ser detectados los virus NANB, se hubieran excluido, asimismo, parte de los agentes que luego fueron bautizados como virus C. Pero la realidad nos conduce a entender que no se ponía, en la práctica, ninguna medida preventiva para intentar evitar estos daños.

De manera tangencial y con escasa fortuna en su apreciación objetiva, esta posición figura comentada en el texto de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, ya comentada<sup>53</sup>, en la que se dice:

[...] “incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos, no se le podía exigir a la Administración sanitaria que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba en todo en Estado”.

El profesional de la medicina ha de atender al paciente de forma individual, poniendo el debido

51 *The journal of the American Medical Association, ejemplares de enero Vol. 1. N° 1) febrero (Vol. 1. N° 2) y de agosto (Vol. 1, N° 8) de 1975.*

52 *Revista Medicina Integral, 1989, pp. 217-221.*

53 *Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 1997; núm. de recurso: 1969/1997.*

cuidado en obtener beneficios para el mismo, pretendiendo su curación o su posible recuperación, por lo que, como es sabido por todos, ha de evitar, cuando es posible, la presencia de daños innecesarios.

Cada enfermo es diferente<sup>54</sup> y a cada uno, independientemente de criterios generales, ha de aplicársele el tratamiento adecuado a su caso, después de ponderar debidamente los pros y los contras de una transfusión. El deber de cuidado es el primer principio que ha de regir en una actuación médica, evitando daños, salvo en ocasiones límites en las que está en juego la vida del paciente, pues conocida es la existencia de situaciones en las que el paciente queda obligado a aceptar un mal menor para salvar la vida.

Una costumbre, admitida con carácter general por la Administración sanitaria, permitió que muchas de las transfusiones de sangre realizadas en los años precedentes a 1989 posibilitaran que, años después, el paciente se viera sorprendido con los desfavorables efectos propios de una hepatopatía por VHC.

Por supuesto que no se actuó con intención de dañar. Ello no es concebible en el desempeño de la profesión médica. Sencillamente, se buscó una solución rápida e inmediata a la situación clínica del paciente en aquél preciso momento, sin pararse a considerar la conveniencia de elegir otro tratamiento, no sanguíneo, quizá menos espectacular por su rapidez y efectos inmediatos, pero carente de los riesgos que conlleva siempre la transfusión de sangre, riesgo que continúa existiendo aún en el momento presente, y de lo que es un duro ejemplo la presencia de enfermedades desconocidas hasta tiempos presentes, como sucedió con el Sida.

Por ello, nos vemos obligados a puntualizar el párrafo anteriormente comentado, presente en la conocida Sentencia de 22 de diciembre de 1997, por entender que a la Administración se le podía haber

exigido, no que suspendiera todas las transfusiones, pero sí que las limitara a los casos en los que fueran imprescindibles, o al menos, científicamente justificadas, pues se sabía perfectamente que existían unos virus (independientemente de su nombre) que se transmitían por vía sanguínea, con una peligrosidad de alto nivel para el paciente transfundido.

Por más que existan protocolos de actuación, con normas genéricas, cada paciente es diferente y diferentes son las muchas circunstancias que rodean su situación concreta, ya procedan de las propias peculiaridades vitales en las que se encuentre el enfermo, y de la posible reacción de su organismo, ya lo sea por las particularidades específicas en las que el virus ha entrado en la sangre del donante, y de ésta al paciente.

Ello nos permite afirmar que, aunque en fechas anteriores a finales de 1989 no se hubiera alcanzado a identificar y aislar el virus de la hepatitis C, la Administración nunca debió de permitir que la salud del ciudadano quedara merced al cálculo de probabilidades, debiendo haber aplicado en su día las oportunas medidas preventivas para proteger su salud.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es muy significativa, en lo que respecta a la cuestión jurídica determinante de responsabilidad, cuando, en Sentencia de 10 de junio de 2004, dice<sup>55</sup>:

[...] “esta es [...] prever las consecuencias, evitar las posibilidades (de infección) y evitar el daño, en transfusiones en época en que se conocía la realidad de unas infecciones que se denominaban hepatitis no A no B”.

La íntima relación que existe entre la previsibilidad y la evitabilidad del contagio de la hepatopatía que hoy se denomina hepatitis C queda patente en la exposición precedente, y se completa con el epígrafe que sigue.

---

54 Es muy conocida y aplicada en la práctica la frase de que “no existen enfermedades, sino enfermos”, lo que significa que cada persona ha de ser atendida de forma individual, de tal manera que una transfusión de sangre puede ser necesaria, e incluso imprescindible, en un determinado enfermo, mientras en otros casos, ante la misma patología, el estado del paciente admite otro tipo de tratamiento para lograr su curación, o, al menos, cierto grado de bienestar.

---

55 COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA. “Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis por transfusión sanguínea”. Comentario a la STS núm. 527/2004, de 10 de junio, en Actualidad civil, 2004, T.2, pág. 2428 y ss.

#### 4.3. *El contagio transfusional por VHC como suceso evitable*

Cierto, como ya queda dicho, que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el concreto virus C de la hepatitis, pero si resultaba posible evitar el contagio de dicha enfermedad, cualquiera que fuese el nombre por el que fuera conocida (virus no A no B), particularmente cuando no existía necesidad imperativa de llevar a cabo la transfusión sanguínea.

El contagio derivado de una transfusión de sangre que podía haberse evitado, bien porque hubiera sido posible detectar la presencia en sangre el virus no A no B con los medios disponibles en cada momento, según el avance de la ciencia, bien porque la transfusión pudiera ser suplida por un tratamiento médico de menor riesgo, debe entenderse como un daño antijurídico y, por consiguiente, entendemos -utilizando el texto de la Ley- que queda obligada la Administración a repararlo, pues concurren los requisitos exigibles por la doctrina jurisprudencial y contemplados legalmente: *Serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*

Avalando esta posición, traemos al presente la Sentencia del la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1997, en la que el Alto Tribunal<sup>56</sup> se pronuncia sobre este tema de la evitabilidad:

**“[...] aunque el estado de la ciencia no permitiera detectar la sangre contaminada, sí se conocía la existencia de un posible riesgo de contagio transfusional, por lo que, por un lado, se debería haber reducido el riesgo de transfusiones y, por otro, se debería haber informado al enfermo de los posibles riesgos de contagio”.**

---

<sup>56</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 18 de febrero de 1997 (RAJ 1997, 1240, MP: José Almagro Nosete).

Y, por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 2 de noviembre de 1994<sup>57</sup>, dice:

**[...] “una cosa es que el año en el que se realiza la transfusión no se contemplara la obligación de efectuar las pruebas para la determinación de los anticuerpos del virus anti-VHC y otra distinta que no se pudiera constatar científicamente la existencia de otro tipo de hepatitis responsable de hasta el 90% de las hepatitis postransfusionales (HPT) denominadas por esa misma razón no A no B”.**

Los anteriores textos, procedentes de destacados miembros de la Magistratura, permiten entender que, también en el ámbito jurídico, el tema relacionado con las hepatopatías víricas era conocido.

En consecuencia, podemos afirmar que, aunque antes del año 1989 el estado de la ciencia no permitiera la identificación de los marcadores para detectar el virus causante de la hepatitis C, pues la técnica no había alcanzado el nivel suficiente, si existían técnicas elementales que permitían conocer la existencia de un peligro real de transmitir este virus a través de una transfusión. Y este peligro debía de haberse evitado siempre que fuera posible, posibilidad existente en muchas de las situaciones clínicas sufridas por los pacientes, que se vieron expuestos a un gran riesgo para su salud o para su propia vida cuando se optó por atender su situación clínica utilizando la vía parenteral, sin ponderar su conveniencia ante los conocidos riesgos para la salud futura del paciente.

Frente a los posibles efectos de contagio a través de la transfusión de sangre, debió de extremarse la prudencia y, en los casos que médicamente se estimara posible, proponer alternativas médicas diferentes a la transfusión.

#### 4.4. *Informe emitido por el Ministerio de Sanidad, en 1986*

La mejor prueba de la verdad de cuanto queda dicho nos la proporciona el propio Ministerio de Sa-

---

<sup>57</sup> Sección 19. Ponente: Sr: DIAZ MENDEZ, Arz. 3482.

nidad y Consumo, pues la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente a este Ministerio redactó un Informe, en mayo de 1986, con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada “hepatitis no A no B”, Informe que fue incorporado a autos con motivo de la reclamación presentada por un paciente, en recurso que dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 1994.

En pura lógica gramatical y consecuente, podemos afirmar que la Administración conocía la realidad de que se estaban produciendo un elevado número de hepatitis vírica por vía transfusional (HPT).

Sabemos, además, que este Informe fue realizado a instancias de la Asociación Americana de Bancos de Sangre, quien aconsejó la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaninotransferasa (ALT) y de otros que se encontraban en circunstancias que en el informe se detallaban. Ciertamente que no eran pruebas específicas para detectar el virus de la que luego fue conocida por el nombre propio de hepatitis C, denominándose por ello, “**pruebas alternativas para la hepatitis no A no B**”.

Y esto se hizo saber en todos los niveles científicos, aún conociendo que ello podía plantear ciertos problemas, como constató el Grupo de Expertos en Inmunohematología y Hemoterapia del Consejo de Europa, pues un elevado número de unidades de sangre habrían de ser desechadas. Se deduce como verdad que no todas las unidades a desechar contenían el virus que pasado el tiempo se denominó VCH, porque todavía no se había alcanzado el nivel preciso para conseguir su aislamiento e identificación, pero sí se conocía que estaba entre las unidades que habían de ser descartadas. En el grupo a desechar se encontraban, en este proceso de selección, unidades que se estimaban, con los datos científicos y técnicos del momento, portadoras de otros posibles agentes patógenos. En cualquier caso, se aconsejaba prescindir de una sangre que carecía de garantías para la salud de los pacientes.

Sucedió que en muchos de nuestros Hospitales se desoyó el prudente consejo de la Asociación Americana de Bancos de Sangre. Una evidente prueba del aparente descuido de la Administración, que antepuso

intereses económicos a las garantías que debía a los ciudadanos, muchos de ellos futuros pacientes de hepatitis C debido a esta dejación de la Administración.

Quizá sea éste el momento de recordar que sobre las garantías que la Administración debía a los pacientes ya existían, desde muchos años antes, importantes publicaciones; y que ya la propia Administración tenía muy clara su posición, al menos en el plano teórico, cuando, en el Reglamento para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 7 de julio de 1972, contempla<sup>58</sup> ciertos principios a favor de la salud del paciente .

La publicación de la Ley General de la Sanidad de 25 de abril de 1986, nos permite afirmar que la prestación de asistencia sanitaria llevada a cabo por el servicio público de salud (sea el Insalud o las entidades que vinieron a sustituirlo con motivo de la transferencia a las Comunidades Autónomas) ha de enmarcarse dentro de los principios generales de la misma, de lo que resulta que el derecho a la protección de la salud implica que se realicen todas las acciones que lo hagan efectivo, y por ello es claro que la asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, “salvo que sea debido a fuerza mayor”.

Formalmente, la Administración estaba, pues, comprometida a velar por la salud del posible enfer-

---

<sup>58</sup> Fue en 1978 cuando el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto recoge en su anexo una serie de garantías para los usuarios de centros hospitalarios, que era una verdadera Carta de Derechos del Paciente. Muy próxima en el tiempo, la Constitución española de 1978 dedica varios de sus artículos a la protección de los derechos del ciudadano-paciente. El hecho de que un defecto de forma, por falta del dictamen del Consejo de Estado motivara su nulidad, no oculta los buenos deseos de la Administración.

En 1984, como instrumento básico del Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud, se dio a conocer la Carta de los Derechos y Deberes del paciente. En su artículo 4 se contemplaba lo que después se legisló en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, de 1986.

mo, pero en la práctica no vaciló en incumplir en consejo recibido de la Asociación Americana de Bancos de Sangre, dejando que el azar distribuyera entre los futuros receptores de la sangre transfundida el conocido virus causante de una hepatopatía que posteriormente, en 1989, pudo ser aislado, recibiendo la denominación de VHC.

El coste que pudiera ocasionar la eliminación de la sangre científicamente “no apta”, y en consecuencia, desechable, nunca hubiera podido ser superior al ocasionado por el contagio que se produjo como consecuencia del desinterés administrativo.

Visto desde distinto ángulo, la realidad de lo sucedido nos permite afirmar que los costes económicos que pudieran ocasionar estas medidas de prevención no hubieran alcanzado un nivel de tal magnitud que permitieran poner en cuestión el mantenimiento de los Bancos de sangre.

### **5. El “riesgo no permitido” de infección. Correcta actuación sanitaria**

En líneas generales, podemos decir que no son riesgos no permitidos aquéllos que resultan objetivamente imprevisibles, algo que es obvio y que ya era conocido antes de la entrada en vigor del artículo 141.1 de la Ley 30/199, en la redacción de la Ley 4/1999. Y tampoco lo son aquéllos que aunque pudieran estimarse, en alguna medida, previsibles y evitables, proporcionan, con su permisión, mayores beneficios que los que resultan de su prohibición

Jesús María SILVA SÁNCHEZ nos pone ejemplos concretos, a los que remitimos al lector<sup>59</sup>, y nos habla de un problema especial que pudiera suscitarse respecto de aquéllos focos de infección cuya neutralización, sin llegar a lo anterior, tuviera importantes costes económicos. Nos dice:

“Debe partirse de la inexistencia de un riesgo permitido, salvo que los costes fue-

ran tan importantes que pudieran poner en cuestión el propio mantenimiento del sistema sanitario”.

No existen, por escrito, normas de cautela que permitan estimar el riesgo que ha de mantenerse dentro del ámbito de “riesgos no prohibidos”, pero, siguiendo a este autor, podemos decir que se deberá actuar según una ponderación de “riesgos-beneficios”, entendiéndose que debe ser aplicado lo más beneficioso para el paciente.

En el caso de las transfusiones de sangre contaminada por virus causantes de hepatitis, clínicamente conocida en los distintos medios sanitarios, y que posteriormente al año 1989 fue etiquetada como hepatitis C, debieron estar presentes todas las cautelas, tanto las de carácter general como las de aplicación a cada caso en concreto.

Sin duda, se trataba de un “riesgo no permitido”, riesgo que la Administración asumió unilateralmente, por lo que está obligada, legal y moralmente, a indemnizar a los afectados.

Sin embargo, hemos de tener presente que no puede calificarse de antijurídico un daño cuando concurre un título jurídico que lo imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o al menos eventualmente aceptado<sup>60</sup>. Por ello, podemos añadir a lo expuesto que en una parte de los pacientes afectados por hepatopatía vírica, por medio del virus que después de finales del año 1989 fue denominado virus C, el acto médico de la transfusión no puede entenderse como antijurídico. Y ello, no tanto porque el virus no fuera individualizado hasta dicha fecha, lo que nadie pone en duda, sino porque en todos aquéllos casos en los que la necesidad de la transfusión era imprescindible para salvar la vida del paciente no había alternativa posible.

Podemos aplicar aquí las palabras escritas por López Menudo<sup>61</sup> “Debe quedar claro, pues, que la

---

59 Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, versión revisada del texto de la ponencia presentada por el autor en el marco de VIII Congreso Derecho y Salud. Santiago de Compostela, noviembre de 1999.

---

60 “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el incumplimiento de informar acerca de tratamientos alternativos”, en *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 35.

61 LOPEZ MENUDO, Francisco: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en

exoneración de la responsabilidad de la que aquí nos ocupamos sólo alcanza a la hipótesis de que la ignorancia sobre el posible riesgo creado haya sido humanamente imposible de vencer”.

El paciente había de soportar el daño causado, en su caso, por la sangre contaminada, siempre que dicho tratamiento hubiera sido necesario para proteger su vida. Y así se estableció por parte de los Tribunales que, **sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto**, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación”.

En consecuencia, el tratamiento médico de transfusión sanguínea, evitando otros medios terapéuticos alternativos de menor riesgo para el paciente, aplicado sin contar con el consentimiento del paciente, solamente puede estar ajustado a derecho si fue practicado basándose en la gravedad de la situación clínica del enfermo en el momento concreto en el que fue transfundido. Bajo dichas circunstancias, el riesgo de que esta sangre pudiese estar contaminada habría de soportarlo el paciente, debiendo entender que el daño que podía sufrir en el supuesto de que le fuera transmitido algún agente vírico, debía de ser aceptado como un “mal menor”.

La realidad práctica nos conduce a afirmar, como lo hace la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>62</sup> en sentencia de 24 de junio de 1997:

[...] “aún sin haberse aislado los respectivos virus ni existir test a nivel mundial, ante la detección de casos se debieron reservar las transfusiones a casos de riesgo vital o de consecuencias graves e irreparables para la salud, en casos de inexistencia de medios alternativos de curación y siempre con información de riesgos”.

---

la definición del sistema”, Derecho y Salud; Volumen 8, n.º 2, Julio-Diciembre 2000; p. 78.

<sup>62</sup> En esta ocasión se trata de un caso de transmisión de SIDA, pero entendemos que la filosofía es la misma que debe regir para los casos de hepatitis por virus C ocurridos durante este período.

### 5.1. Consentimiento informado

Sobre la necesidad de la presencia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico (incluyendo como tal la transfusión de sangre), existe abundantes publicaciones<sup>63</sup>, que se multiplicaron después de la entrada en vigor de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos decir que, en el presente, resulta incontable el número de sentencias de los distintos tribunales que insisten en la necesidad de la presencia del consentimiento del paciente ante el tratamiento médico, entendiendo que se trata de un presupuesto y elemento integrante de la “lex artis ad hoc”; si bien se matiza<sup>64</sup> que “la regla general de exigibilidad del deber de informar cede ante supuestos de peligro inmediato y cierto para la salud o la vida del enfermo, esto es, ante situaciones de urgencia que impida, por la necesidad de actuar clínicamente, obtener el consentimiento informado del paciente”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo prestó atención a este deber de información<sup>65</sup>, entendiendo que “la Entidad Gestora debe acreditar el haber informado suficientemente al paciente o a sus parientes, en su caso, de los concretos riesgos que la actuación médica comporta y que, a pesar de ello, se hubiere consentido expresamente este acto médico”.

Pero es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que, en sentencia de 17 de octubre de 2001<sup>66</sup>, con-

---

<sup>63</sup> El propio autor del presente trabajo tuvo conocimiento directo, en 1985, del que lleva por título Aspectos penales del consentimiento en el tratamiento médico, publicado por el Insalud, Servicio de Relaciones Públicas, Información y Publicaciones; núm. 1442. Madrid.

<sup>64</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala cuarta), de 8 de junio de 1999, en cuyo Fundamento de derecho cuarto se contempla el párrafo que se transcribe entrecorillado.

<sup>65</sup> Sentencia de 19 de abril de 1999; núm. de recurso 1430/1998. Fundamento de derecho quinto.

<sup>66</sup> En esta Sentencia se puede leer: “Tal información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención. Tal derecho del enfermo encuentra su

templa con mayor amplitud y extensión la obligación del médico de informar al paciente de los riesgos de la transfusión sanguínea, sentencia que el Tribunal Constitucional tiene presente en Auto<sup>67</sup> de 30 de marzo de 2003.

En el caso que motiva esta conocida Sentencia de 17 de octubre de 2001, entiende la Sala que no consta que se informase de la necesidad de recibir sangre debido al descenso del hematocrito, ni se le ofrecieron posibles alternativas, como la de recibirla de sus familiares y allegados, y no del servicio sanitario de prestación de sangre, donde no existían garantías de no contagio. Concluye el Tribunal diciendo que no se prestó consentimiento válido, pues aunque se reputa necesaria la transfusión, como recoge el fundamento jurídico de la sentencia de primer grado, ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después de aquélla en que se practicó.

Por lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, podemos recordar al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, en Sentencia de 19 de julio de 2005<sup>68</sup>, pone de relieve el riesgo de la transmisión de la hepatitis, por lo que la

---

*fundamento y apoyo normativo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la persona que consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1, reconduciendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presentan de acuerdo con sus propios intereses y preferencias – Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio- en el artículo 9.2, en el artículo 10.1 y demás en los Pactos Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966. Dentro de la propia normativa española se regula específicamente en la Ley General de Sanidad y en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, como ya recordó la Sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2001".Arz. 2001\8741.*

67 Sección 1ª. Auto núm.121/205.

68 Sentencia núm. 905/2005.

transfusión requería “haber obtenido el consentimiento del paciente”.

Por otra parte, si entendemos la transfusión de sangre como un trasplante de tejidos –apreciación defendida por ciertos autores- la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, entiende necesario que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente puedan derivarse del acto médico. Asimismo, que exprese por escrito su consentimiento para la realización [...] cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos.<sup>69</sup>

En cualquier caso y en todo tiempo, existe la obligación de informar al paciente de los riesgos que conlleva una transfusión de sangre, riesgos sobradamente conocidos a lo largo de la segunda mitad del siglo veinte, o de proponer, o acudir, a terapias alternativas.

## 5.2. Aplicación de la *lex artis*

Después de lo expuesto, hemos de entender que:

**Ha de definirse como antijurídico el daño producido consecuencia de un acto médico cuando al realizarlo no se ha hecho un correcto empleo de la “*lex artis*”.**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 febrero 2005<sup>70</sup> nos recuerda -en su Fundamento de Derecho Tercero- que se viene definiendo como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la “*lex artis*”, lo que, según se lee en el texto de dicha sentencia, ya venía siendo entendido así con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Ciertamente, la relación entre la antijuricidad y la *lex artis* está presente en muy diversas sentencias del

---

69 Artículo sexto, puntos a y c.

70 Recurso de casación núm. 1077/2001 Ponente Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro.

Tribunal Supremo. Su Sala Tercera, en Sentencia de 19 de octubre de 2004, destaca la “consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable) sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta”

Asimismo, en Sentencia de la Sala de lo Civil de 1 de febrero de 2008<sup>71</sup>, se puede leer:

“En el ámbito médico, el criterio que mide la antijuricidad es el de la “*Lex artis*”, que determina si la actuación médica ha sido correcta, pues lo cierto es que no basta con la mera materialización de un resultado lesivo para imputar responsabilidad a la Administración”

Se entiende así porque, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas por el paciente tuvieran su causa en la actuación médica (transfusiones), si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste<sup>72</sup>.

Pero cuando en el caso que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial resulte evidente que los médicos debieron haber actuado con mayor prudencia, y no valoraron adecuadamente los beneficios esperados de estas transfusiones frente a los conocidos riesgos que conlleva toda transfusión sanguínea, el daño producido puede ser calificado de antijurídico. Nos situamos en un lugar del tiempo en el que los riesgos eran perfectamente conocidos, aunque no

lo fuera el nombre concreto de la que posteriormente fue denominada hepatitis C, por lo que muy bien pudo ser estimada la alternativa de utilizar una medicación farmacéutica adecuada a la patología sufrida por el paciente.

En ningún caso se trata de culpar a los médicos intervinientes, a los que el autor del presente trabajo respeta profesionalmente, pues cuando ponemos en relación la antijuricidad del acto productor del daño con la vulneración de la *lex artis*, este autor tiene presente la sentencia, entre muchas otras, de la Audiencia Nacional<sup>73</sup> de 8 de noviembre de 2000, que recuerda que para que se estime una pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración, de lo que se trata es de que se valore si el daño producido puede considerarse antijurídico, no siendo necesario que concurren factores subjetivos de culpabilidad, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de octubre de 2000, que se refiere al elemento de la antijuricidad y establece, en efecto, que el título de atribución concurre cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Parece justo que la *lex artis* sirva de medida de la antijuricidad del acto médico, pues lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora universal de todos los riesgos vividos dentro del ámbito sanitario, lo que podía resultar ampliamente distorsionador en el desempeño de la medicina y no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, afirmación que hacemos teniendo presente lo argumentado por la Sala en múltiples sentencias, entre las que podemos destacar la de 7 de febrero de 1998<sup>74</sup>.

Resumiendo lo dicho, podemos admitir que es cierto que en fechas anteriores a finales de 1989 el estado de la ciencia no permitía identificar el virus de la hepatitis C, pero no por ello podemos permitirnos afirmar que el daño producido al paciente transfundido en fechas anteriores a dicho año no es indemniza-

<sup>71</sup> Ponente: Sra. Robles Fernández.

<sup>72</sup> Posición hoy recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que vino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional.

<sup>73</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª. Recurso núm. 694/1999 (JUR 2001, 72871).

<sup>74</sup> Recurso de casación 6.282/93.

ble, puesto que la transmisión por vía sanguínea de la hepatitis era conocida por sus efectos y muy bien pudiera evitarse en algunos de los pacientes afectados.

A los pacientes incluidos en este grupo no se les puede decir que están obligados a soportar el daño que se les produjo con la transfusión de sangre infectada, portadora de la hepatitis que sufrieron como consecuencia de este acto médico, independientemente del nombre que, con anterioridad a la fecha en la que pudo ser aislado e identificado el VHC, recibiera el agente causante del daño.

Por otra parte, y en líneas generales, podemos recordar la afirmación del catedrático Vicente García<sup>75</sup>, quien mantiene que la total garantía de ausencia de riesgo no existe en la transfusión. Y la propia administración sanitaria se sitúa en esta dirección argumental cuando afirma<sup>76</sup> que “no existe ningún tratamiento que esté libre, al cien por cien, de efectos secundarios”.

Por su parte, la profesora Marcela Contreras<sup>77</sup>, del Royal Free Hospital Medical School, de Londres, ha puntualizado que:

[...] “la transfusión no deja de ser un trasplante de tejidos de una persona a otra, con los problemas inherentes al mismo: es algo ajeno y puede ser un vector de enfermedades infecciosas.”

Por eso, no se puede generalizar calificando el daño de una hepatitis como de no indemnizable, justificando esta afirmación en la aplicación de un descubrimiento técnico aplicado en una fecha determinada del año 1989. Es preciso estudiar independientemente cada paciente afectado, las circunstancias personales que motivaron la transfusión, y estimar la necesidad cierta e ineludible de este concreto tratamiento, para

<sup>75</sup> Según se puede leer en la prensa *Diario Médico* de 25 de septiembre de 1998.

<sup>76</sup> Sentencia de 28 de octubre de 1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque referida a contagio postransfusional por virus B, la entendemos de aplicación en el presente estudio. Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

<sup>77</sup> *Diario Médico* citado.

poder afirmar que el daño causado, en cada paciente individualizado, no es susceptible de ser indemnizado.

## **7. Problemática de la prueba**

Respeto al contagio por vía de transfusión sanguínea en fechas anteriores a 1989, se viene admitiendo como cierto que cabe imputar responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria cuando la sangre productora del contagio procede de un donante diagnosticado de hepatitis no A no B (HNANB), aun admitiendo que el virus VHC fue aislado posteriormente<sup>78</sup>.

Pero nos estamos situando en una época en la que la administración sanitaria tenía dificultades para aportar datos sobre este tema, pues el caso que se contempla en la comentada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1991 venía siendo lo habitual: extravío de parte de la historia clínica del paciente y defectuosa organización en el control de donantes, con datos equívocos en el fichero, lo que impedía el conocimiento de la evolución del mismo.

Por otra parte, se trata de una enfermedad que en la mayor parte de los casos evoluciona lentamente<sup>79</sup>, con largo período de tiempo entre la fecha del contagio y la aparición de los síntomas que le son propios, por lo que, según nos recuerda algún autor<sup>80</sup>, son considerables las dificultades para que el demandante pueda acreditar, de forma indudable, su íntima relación.

En sentencia de 4 de diciembre de 2007, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que no cabe confundir las presunciones con las deducciones que, para sentar las conclusiones, extraen los juzga-

<sup>78</sup> Fundamento jurídico 3º, párrafo quinto, de Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001 (RJ 2001\10059).

<sup>79</sup> Para información sobre esta enfermedad podemos acudir a HARRISON, *Principios de Medicina Interna, Interamericana*, 16 edición, Vol. II, pp. 2031-2043.

<sup>80</sup> Sobre esta cuestión fáctica, vid. COMINGES CACERES, Francisco: “Análisis jurisprudencial de la Responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, *Revista de Administración Pública*, 2001, núm. 155, p.204.

dores de las denominadas pruebas directas o de las máximas de experiencia.

Siguiendo este camino, la jurisprudencia pondera los indicios existentes en cada caso, y se viene considerando probada la relación de causalidad entre la actuación de la Administración sanitaria y la transmisión del virus ante los siguientes hechos:

- Que al recurrente se le haya practicado un transfusión sanguínea apta para producir el contagio
- Que el paciente esté excluido de los demás grupos de riesgo de infección: drogadicción, promiscuidad sexual, etc.
- Que antes de la actuación sanitaria no mostrara síntomas de padecer la enfermedad.

Conforme a lo dispuesto, de lo que ya se ha ido dejado constancia a lo largo de esta exposición, el paciente no tendría que probar nada más, pues al amparo de la ley que rige en temas de responsabilidad objetiva de la Administración, es ella la que tendría que probar que, en el momento del contagio, el daño producido con el acto médico de la transfusión era imprevisible o inevitable.

Pero sobre este tema planea la disertación expuesta por el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, que quedó patente en sentencia de 25 de noviembre de 2000, débiles argumentos que se impusieron sobre la verdad científica, orientando la voluntad de los Magistrados del Tribunal Supremo hacia una dirección de absoluta comodidad para la Administración. De buena fe, fue aceptada una elemental conclusión, con base en los argumentos expuestos por el letrado del Insalud, parciales y sin base científica suficiente, por lo que no va a resultar nada fácil alcanzar a conseguir que cada caso sea individualizado y estudiado, con la amplitud que merece, ante los tribunales de justicia.

En el supuesto de que esta situación no se normalice, sólo cabe acudir a la posibilidad que el propio Tribunal Supremo nos ofrece en su Sentencia de 25 de noviembre de 2000, tantas veces mencionada, cuando, con motivo del caso que trata, dice: nadie ha puesto en duda que aquélla (la intervención) y ésta (la

transfusión) se realizasen para atender el restablecimiento de la salud del enfermo.

Teóricamente, corresponde a la Administración demostrar que la transfusión recibida por el ahora reclamante era, con los medios y conocimientos médicos del momento, vitalmente necesaria para su tratamiento, y que no podía ser sustituida por ninguna otra medida razonablemente adecuada al caso.

Pero, dadas las circunstancias, que han marcado un camino ajeno a los legítimos intereses del paciente, es fácil entender que ha de ser el letrado del reclamante quien se vea obligado a soportar una gran parte de la carga de la prueba, y tenga que presentar indicios racionales de veracidad de las afirmaciones en las que se basa su demanda. Sin duda alguna, estos datos debieran constar escritos en la historia clínica del paciente, aunque no podemos tener la seguridad de que no hayan sido extraviados en el seno del propio centro sanitario en el que sucedieron los hechos causantes del daño.

Decimos lo que antecede con base en hechos ya demostrados ante los Tribunales, como se puede comprobar en Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001<sup>81</sup>, en la que prevaleció, en perjuicio del reclamante y beneficio de la propia Administración, la pérdida de los libros de registro de donantes.

Por ello, al escribir estas letras, el autor es perfectamente consciente de las dificultades que entraña el estudio objetivo del tema de las transfusiones de sangre realizadas antes de finales de 1989, y mucho más su aplicación práctica. Pero no se trata de vencer dificultades insalvables, sino de, poniendo de relieve la negativa influencia que en su día tuvo el letrado del Insalud; alcanzar la influencia positiva suficiente para que se de amparo a los legítimos intereses del paciente, propios de un Estado de Derecho

También es una verdad incuestionable que el tiempo todo lo arregla. Por sí solo. Si lo dejamos transcurrir dentro de la inactividad, los pacientes van finalizando su ciclo biológico y la problemática desaparece con ellos. Pero habremos dejado para la me-

---

81 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. RJ 2001\10059

moria histórica el recuerdo de la marginación a la que han sido sometidos un grupo de ciudadanos que, por causas que le son ajenas, como resultado de un combinación del azar y del desinterés administrativo, se vieron obligados a resignarse ante un daño antijurídico, que no tenían obligación de soportar.

## **7. Indemnización procedente**

Partimos de aceptar que la Administración no tiene obligación de indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar, pues parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, como muy bien se afirma en la sentencia de 31 de mayo de 1999, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo<sup>82</sup>:

Pero no siempre y en todo caso puede afirmarse que el daño que experimenta el paciente como consecuencia de la hepatopatía por virus C contraída antes de finales del año mil novecientos ochenta y nueve no es indemnizable. Esta posición se apoya en lo ya dicho y se basa, además, no sólo en la letra de la propia Ley sino también en el texto de muy distintas sentencias, elaboradas con gran acierto y esmero, emitidas por los Tribunales de Justicia.

Comenzaremos recordando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1596/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 28 de septiembre, que en el Fundamento de Derecho Tercero nos recuerda que el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, tras la modificación por Ley 4/1999 establece: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o*

*de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos...”*

Se resalta en esta sentencia que dicho precepto no es más que la consecuencia de una elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo a raíz de la enfermedad de SIDA (Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida), según la cual, no se puede pedir a la Administración responsabilidad patrimonial por unas actuaciones que, según el estado de la Ciencia y de la Tecnología, no pudieron ser previstas.

Pero **respecto a la HEPATITIS** resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera-Sección Sexta) de 31-5-1999, cuando hace distinción entre el estado de la “ciencia” y “tecnología”, analizando los efectos de una y otra, así como las posibles consecuencias a la hora de determinar la posible responsabilidad:

[...] “debe advertirse, además, que el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes no es el estado de la legislación, pues es sabido que ésta –la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso”.

Cierto que en el momento en el que sucedieron los hechos resultaba imposible conocer si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, pero **el estado de la ciencia sí permitía conocer la peligrosidad que podía llevar consigo la práctica de una transfusión sanguínea, pues ya se conocía la existencia del grupo de virus denominado no A no B (NANB), y era perfectamente conocida la realidad de que uno de ellos (el que pasado algún tiempo se identificó como virus C) se transmitía por vía de transfusión sanguínea.** Así pues, el daño producido con la transfusión sanguínea era perfectamente previsible y muchas veces evitable. Hemos de entender que se trata, pues, de un daño antijurídico,

---

82 Sección 6ª. Recurso de Casación núm 2132/1995.

salvo que la Administración pruebe, como es obligación en su caso, lo contrario.

Sin duda, acudir como norma general a afirmar la no antijuricidad de toda transfusión sanguínea realizada en fechas anteriores a finales del año 1989, con la plena aceptación de los órganos de la Administración sobre los que recae la obligación de indemnizar, puede resultar muy cómodo. Pero, para los pacientes que se vieron obligados a soportar, injustificadamente, el importante daño que les fue producido por un acto médico, el desamparo resulta evidente.

Por lo expuesto, podemos resumir este apartando diciendo:

Es muy cierto que los marcadores que permitieron identificar el VHC no se conocieron y empezaron a utilizarse sino a finales de mil novecientos ochenta y nueve. Ello es indiscutible. Pero no parece que deba aceptarse, conforme al texto de la Ley, que el daño causado al paciente por medio de la transfusión sanguínea (contaminada por el hoy denominado virus de la hepatitis C) no es susceptible de ser indemnizado por el simple y único hecho de que la transfusión dañina haya sido recibida por el paciente antes de la mencionada fecha. El daño sufrido por el paciente que pudo haberse evitado, merece la calificación de antijurídico.

Por supuesto, no estamos buscando culpable alguno, ni en el ámbito de los profesionales sanitarios ni en la propia Administración. Sabemos sobradamente que se trata de una responsabilidad objetiva en la que no es precisa la presencia de negligencia alguna. Es suficiente que el paciente haya sufrido un daño antijurídico que no tenga obligación de soportar, siempre que se cumplan los otros requisitos que en la norma se contienen,

Y en estas condiciones podemos encontrar, si estudiamos los casos con el adecuado detenimiento, un indiscutible número de pacientes afectados por hepatopatía postransfusional, infectados en los años anteriores a 1989 con el virus que hoy se denomina VCH.

## **Conclusiones**

Con base en todo lo expuesto, podemos afirmar lo que sigue:

1. No es posible, ni lo pretendemos, cuestionar el acierto al afirmar que, en la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no existe obligación de indemnizar aquellos daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos.

2. Por la misma razón y conforme a la letra y al espíritu de la propia Ley, aquellos daños previsibles, que pudieron ser evitados, no pueden ser incluidos en la negativa que, debido a una interpretación extensiva del Informe Científico elaborado conjuntamente por el Instituto de Salud Carlos III, la Real Academia de Medicina, la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y la Sociedad Española de Virología, se impone por los Tribunales de Justicia, con carácter de generalidad, a todos los pacientes que contrajeron una hepatopatía vírica (denominada posteriormente hepatitis C) por vía transfusional en fecha anterior a la marcada en dicho informe, en el que se fija el último trimestre de 1989 como el momento en el que aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano.

El contenido de dicho informe fue aplicado por los Tribunales con una extensión que sobrepasó, con mucho, los límites de su contexto, creando una desarmonía con el principio legal que se contiene en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción de la Ley 4/1999, y vulnerando, manifiestamente, el artículo 106 de la Constitución española.

3. Decimos cuanto antecede porque nos encontramos en condiciones de poder afirmar que el contagio transfusional de la afección que hoy se denomina hepatitis C era previsible en la fecha en la que sucedieron los hechos que condujeron a la sentencia que motiva tan radical cambio en la doctrina jurisprudencial. Por lo que ya se ido comentado a lo largo del contenido del presente trabajo, podemos permitirnos decir que, en un elevado número de los

pacientes afectados, pudo haberse evitado la enfermedad producida por el virus hoy conocido como VHC.

Esto es, como ya queda dicho, algo que no podríamos afirmar si la contaminación de la sangre transfundida lo fuera por el virus de tan grave, sorpresiva y alarmante enfermedad como fue, **en principio**, el Sida. Fue ésta una enfermedad extraña, de aparición brusca y alarmante, con un cuadro clínico muy grave y expectativas negativas. Solamente esta enfermedad, y no la hepatitis C, pudo justificar las palabras del letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud, que motivaron la voluntad del Tribunal.

En el relativamente corto período de tiempo transcurrido desde que se conoció el primer caso de Sida hasta que se dispuso de medios para identificarlo, cabe que pudieran estar justificados los esfuerzos dialécticos de dicho letrado. Y ello, porque se trataba de un suceso imprevisto, al que solamente cuando la ciencia y la técnica lo fueron permitiendo, pudieron serle aplicadas medidas de prevención<sup>83</sup>. Aplicar en cualquier caso la misma argumentación para juzgar los casos de contagio por VCH en fechas anteriores a finales del año 1989 no resulta justo, y sí poco tranquilizador.

4. No se puede aceptar como cierto, porque es humanamente imposible, que absolutamente todos los pacientes transfundidos en fechas anteriores a 1989 fuesen necesariamente pacientes en situación clínica de tal nivel de gravedad que su vida sufriese grave peligro de haber recibido un tratamiento alternativo a la transfusión de sangre. De hecho, sobre esta importante verdad, no parece existir pronunciamiento emitido por los participantes en el Informe Científico que sirvió de base para el establecimiento de una doctrina jurisprudencial tan restrictiva como la que se viene aplicando.

Asimismo, tampoco parece haber sido solicitado a este grupo de expertos informe sobre posibles medidas de prevención de las hepatitis víricas transmisibles por vía sanguínea, ni sobre el estado de conoci-

miento de medidas de prevención existentes antes del último trimestre de 1989.

5. El examen del artículo 141.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por Ley 4/1999, en el que se dice: “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos*” debe ser interpretado con objetividad, colocándolo dentro de sus propios límites, debiendo evitar que se vulneren los derechos constitucionales que todo posible paciente tiene reconocidos en el artículo 106 CE.

No va a resultar fácil que los Magistrados del Tribunal Supremo den entrada a reclamaciones similares a aquéllas a las que ya les han cerrado la puerta. Por ello, es preciso que el letrado de la parte reclamante acuda al ingenio para sumarlo a argumentos válidos.

Puesto que la Administración no puede negar la existencia de contagios de hepatitis vírica antes de finales del año 1989, y no puede negar, tampoco, que fuera conocida su clínica, y su transmisión por vía sanguínea, lo cual conduce a entender que la enfermedad era previsible, quizá no debamos salirnos de esta posición. Es de esperar que los Tribunales entiendan como suficiente la aportación de indicios racionales que conduzcan a percibir que, en el caso concreto del reclamante, la enfermedad que le afecta era evitable de haber actuado la Administración sanitaria en defensa de tan preciados bienes como son la salud y, en última instancia, la propia vida.

Que luego, en la historia clínica del paciente aparezca el diagnóstico de hepatitis C, no puede separarnos del camino emprendido. Quizá así, no se podrá alegar por la parte contraria que la hepatitis C no era conocida hasta finales del año 1989, lo cual sólo es cierto si pensamos en la etiqueta de su nombre, pero no por la patología sufrida por el enfermo, que es lo que se pretende hacer valer. Ni el cuadro clínico del enfermo, ni de las posibles medidas de prevención aplicables en su caso, ambos conocidos en fechas anteriores a finales de 1989, pueden haber desapare-

---

83 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001.

cido por el hecho de que se haya alcanzado a conocer el genoma del virus causante de la patología.

Puesto que la sentencia ha de ser congruente, y sabido es que la congruencia es la adecuación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es el reclamante el que impulsa la dirección del tema, siempre que presente indicios fiables de que esta patología pudo haberse evitado de haber actuado la Administración con mayor dosis de prudencia. Entendemos que cómo se denomine la enfermedad es un tema secundario, que no afecta a la realidad de su existencia.

6. Evidentemente, hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un hecho viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor". Y es igualmente aceptable que en tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva. Cuando la ausencia de antijuricidad de la lesión es una realidad evidente, situación en la que se encuentran algunos de los pacientes a los que se les ha transfundido sangre o hemoderivados en fechas anteriores a finales del año 1989, nada hay que objetar a la aplicación de la doctrina jurisprudencial aceptada a partir de la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de veinticinco de noviembre de dos mil, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate. Pero sólo a este grupo de pacientes.

Y aunque por mi parte acepto lo expuesto, también esta amplitud puede ser discutible, dada la negligencia mostrada por la Administración sanitaria al no haber seguido en su día las instrucciones recomendadas por la Asociación Americana de Bancos de Sangre. También en esta línea, se puede buscar respuesta a las reclamaciones de los pacientes que acrediten haber sido patológicamente afectados por el virus de la hepatitis C -cualquiera que fuera su nombre que en aquel preciso momento- dentro de la sede de la diligencia exigible a la Administración sanitaria. En su caso, el estudio de cada paciente ha de ser individualizado, salvo que la Administración quiera hacer uso del párrafo final del artículo 141.1 de la tan mencionada Ley, en el que se dice: "...todo ello sin perjuicio

de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

7. En líneas generales, hemos de afirmar que la Administración estaba obligada a prever las consecuencias, evitar las posibilidades de contagio, e impedir el daño, en transfusiones en época en que se conocía la realidad de unas infecciones que venían incluidas en la denominación de hepatitis *no A no B*. No se puede negar la presencia de los conocimientos científicos de cada momento, a medida que se iban estudiando estas enfermedades, ni tampoco se puede marginar la existencia de ciertos medios aportados por la técnica, a medida que ésta avanzaba, hasta llegado el último trimestre del año 1989.

Es más; es sabido, y queda ya dicho a lo largo de esta exposición, que ya el mayo de 1986 la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente al Ministerio de Sanidad y Consumo, había redactado y distribuido un Informe con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada "hepatitis no A no B". Siguiendo los criterios de la Asociación americana de Bancos de Sangre, se aconsejó en dicho Informe la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaminotransferasa (ALT), así como otras "pruebas alternativas para la hepatitis no A no B". El hecho de que este criterio preventivo no haya sido aplicado en todos los hospitales de nuestro entorno, al margen de cuál haya sido el motivo, no nos permite decir que la ciencia no los conociera y que no existiera ninguna técnica de aplicación preventiva.

8. La impresión que produce la lectura del contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo, que quedan comentadas a lo largo de este trabajo, permite entender una disposición favorable de los Magistrados para recibir la información que en su día les hizo llegar el letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud. Se dejó al margen del tema la obligación de la Administración de probar el estado de la ciencia en la precisa fecha en la que suceden los actos médicos dañinos para el paciente, prueba que recaía sobre la Administración; y fue aceptado como válido que el extravío de las posibles pruebas, debido a deficiencias en la organización sanitaria, afectase negativamente al propio paciente, sufridor de los daños, y

reclamante de la indemnización económica compensatoria.

9. Con la misma voluntad de aceptación sin interrogantes, el Tribunal Supremo, admitiendo sin reparos que en tanto no se había aislado el virus VHC no existían marcadores para detectarlo, da por válida la afirmación de que, por el simple hecho de que no fuera conocida la naturaleza del virus en cuestión, su esencia íntima, su genoma, en la fecha de la transfusión que resultó dañina para el receptor de la misma, la hepatitis vírica que en 1975 fue denominada no A-no B, no pudiera prevenirse ni evitarse. Como muy bien nos recuerda y hace notar el Ecmo. Sr. Don Francisco González Navarro, Magistrado de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de España (voto particular en Recurso de Casación núm. 1406/1997), afirmación que documenta formalmente, *“antes de descubrirse el VHC y de disponerse de una prueba de detección, se utilizaban marcadores sustitutos de la infección, principalmente valores de alanino-aminotransferasa (ALT) y anticuerpos frente al core VHB (anti-HBc) para excluir a los pacientes de alto riesgo”*.

Cierto que no se trataba de una prueba específica de infección de Hepatitis no A-no B. y que, por ello, puede verse influida por la presencia de otros virus, y por otras causas, pero es claro que estos marcadores permitían alertar del riesgo de contagiar una hepatitis no A-no B, por lo que, como ya queda dicho a lo largo de estas reflexiones, la más elemental prudencia aconsejaba desechar una sangre contaminada, o de garantías más que dudosas, para la salud del paciente.

10. La indefensión en la que se encuentran en fechas actuales los enfermos que se ven obligados a soportar el daño que les fue producido en su día a través de una transfusión de sangre, daño que en un porcentaje de casos pudo haber sido evitado, y en todos ellos pudo ser previsto como posible, vulnera un principio básico, que es la propia esencia de la responsabilidad objetiva, pues con su aplicación se pretende, precisamente, evitar que no pesen sobre determinadas personas las consecuencias negativas de los actos de la Administración.

Dicho principio ha de ser especialmente aplicable a los pacientes protagonistas del presente trabajo,

por cuanto fue la combinación entre dos factores, absolutamente ajenos a sus valores personales y merecimientos, los que colocaron a estos ciudadanos en situación de víctimas: Factor básico e indiscutible lo ha sido la falta de aplicación de medidas preventivas por parte de la propia Administración, algo sobre lo que ya se han dejado cumplidas explicaciones a lo largo de las reflexiones expuestas. El propio azar, sin más, eligió a los concretos destinatarios del daño.

11. Podemos resumir lo dicho diciendo que la Administración siempre fue conocedora de que el contagio transfusional por el virus de una conocida hepatitis (que llegado el año 1989 pudo ser etiquetado como virus C), podía ser previsto. Y con el mismo grado de certeza, era igualmente conocedora de que este riesgo de contaminación transfusional, en gran medida, podía haber sido evitado; pero, generosamente ayudada por el letrado del Insalud, prefirió adoptar una postura global, que en ningún caso es de aplicación generalizada a la totalidad de los pacientes afectados por VCH postranfusional. El temor, la rapidez y la economía administrativa se sobre valoraron en perjuicio de los derechos de los pacientes afectados.

Y se puede añadir algo más, y lo digo con humildad y respeto: La posición adoptada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 25 de noviembre de 2000 sitúa a la Administración en tal grado de confortabilidad que puede permitirse olvidar la responsabilidad que le afecta por el desinterés mostrado y la deficiente organización que mantuvo en los distintos aspectos relacionados con esta cuestión, durante las décadas de los años 70-80, algo que ya hemos hecho notar a lo largo de las presentes reflexiones sobre el tema. Causas ajenas a la culpabilidad, en un período en el que la sanidad española estaba inmersa en un fuerte impulso constructivo, sirven de base como explicación de lo sucedido<sup>84</sup>, pero en ningún caso deben revertir sus consecuencias sobre un sector de la población que, por una combinación entre las causa remotas antedichas y el simple azar, se ve

---

<sup>84</sup> El propio autor del presente trabajo fue conocedor directo de estas circunstancias por haber sido director de un Centro hospitalario del sector público de la sanidad, durante un período superior a siete años, en la última década de los años 70.

afectado de una enfermedad que, en un indeterminado número de pacientes podía haberse evitado y, en todo caso, era conocida y previsible.

Ocultar esta verdad ante los Tribunales no es un acto de justicia social. Estudiado cada caso de forma individual, la Administración está obligada a indemnizar los daños sufridos por el paciente como consecuencia de un contagio transfusional en fechas anteriores a finales de 1989, salvo que razones justificadas, y probadas por la Administración, así lo impidan, o que se encuentren presentes las circunstancias que permitan afirmar que, en ese caso en concreto, el paciente está obligado a soportar el daño para evitar otro mayor, lo que puede suceder en caso de urgencia vital.

Lo dicho en el párrafo que antecede es algo que resulta elemental y que viene siendo aceptado como norma general de comportamiento. Es de justicia que esta norma afecte, también, a este grupo de ciudadanos que han sufrido una hepatopatía vírica como consecuencia de una transfusión de sangre realizada en fechas anteriores a 1989: Si el acto administrativo no es antijurídico, el paciente viene obligado a soportar el daño causado con este acto sanitario; pero, cuando la enfermedad pudo haberse evitado, el afectado no tiene obligación de soportar el resultado dañoso. En este caso, la Administración sanitaria debe responder adecuadamente, abonando la correspondiente indemnización, sin olvidar que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye el fundamento de la responsabilidad de la misma.

12. Decir que la hepatitis C no pudo prevenirse ni evitarse hasta finales del año 1989 es un lamentable error que conviene rectificar, enfocando el tema bajo la aplicación de criterios objetivos, científicos, lejos del temor inicial que supo sembrar el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud en aquella Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 1997, posición mantenida en el caso que dio lugar a la Sentencia del la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2000.

A favor del letrado de de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, podemos decir que, en lo que

conocemos, cuando informó al Tribunal sobre este asunto, hizo siempre alusión al “contagio transfusional”, de carácter indeterminado, sin referirse expresamente a la hepatitis C; pero el énfasis que puso en sus alegatos resultó efectivo ante la Sala; aprovechándose dicho letrado, en apoyo de sus argumentos, del justificado temor que produjo la aparición en nuestra cultura de una grave enfermedad desconocida hasta entonces: el SIDA.

Retroceder para enderezar el camino, y para mantener una dirección respetuosa con los derechos del paciente, ha de entenderse como un acto de nobleza, que debe aceptarse con la dignidad que el mismo comportamiento conlleva.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Sangre contaminada con hepatitis C. Criterios de imputación de los sujetos intervinientes”. Comentario a la STS de 04.12.07, *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 32.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis por transfusión sanguínea”. Comentario a la STS núm. 527/2004, de 10 de junio, en *Actualidad civil*, 2004, T.2, p. 2428.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el incumplimiento de informar acerca de tratamientos alternativos”, Comentario a la STS de 01.02.08, *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 35.

ALVAREZ CIENFUEGOS, José María, “La responsabilidad de los médicos y de la Administración sanitaria: *Cuadernos del Poder judicial, Responsabilidad de las Administraciones públicas*, 1996, XIV.

ALONSO OLEA, Manuel: “El consentimiento informado en Medicina y cirugía”, *Revista de Administración pública*, 201, Núm. 155, p. 7.

BERNARD PEREZ, Luisa: “Problemas médico-legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la hepatitis C”, *Derecho y Salud*. Vol. 5, núm. 1, 1997, p. 97.

BLAS ORBÁN, Carmen: *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

COMINGES CACERES, Francisco: “Análisis jurisprudencial de la Responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, *Revista de Administración Pública*, 2001, núm. 155, pp.193-222.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y otros: “La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva”, *La Ley*, 1999, T.1, p. 1635.

GUERRERO ZAPLANA, José: “Sobre una ¿inadvertida? modificación de la jurisprudencia en materia de contagio de hepatitis C”, *La Ley*, 2002, T.7, p.1868.

HARRISON. (KasperHauser, Braunwald Longo, Fauci Jameson), Me Gran Hill. *Principios de Medicina Interna*. Interamericana. 16 edición. Vol.II, pp. 2031-2043.

LOPEZ MENUDO, Francisco: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 2, 2000, p. 78.

MAGRO SERVET, Vicente: “La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, *La Ley*, 1999, T. 3, p. 1819.

MARTÍN CASALS, Miquel: “Responsabilidad médico-sanitaria. Daños causados por sangre contaminada por el virus de la hepatitis C. Sentencia de 10 de junio de 2004”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2005, núm.67. pp. 361 y ss.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles: “Comentario de la Sentencia de 17 de octubre de 2001”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Enero-Marzo 2000, p. 325.

PELAYO PARDOS, Santiago: “La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo”: *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 70, marzo 2000.

PEMÁN GABÍN, Juan: “Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado”: *Revista de administración Pública*, núm. 103, enero-abril 1994.

SEUBA I TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Madrid, Civitas, 2002.

“Hepatitis C”: *Revista para el análisis del Derecho*, inDret 01/2000. Disponible en la URL: [http://www.indret.com/pdf/017\\_es\\_2.pdf](http://www.indret.com/pdf/017_es_2.pdf) (Con acceso el 24-6-2008).

SILVA SANCHEZ, Jesús María: “La Responsabilidad penal por contagio hospitalario”. Ponencia presentada en *VIII Congreso “Derecho y Salud”*, Santiago de Compostela, noviembre de 1999.

# LAS AGRESIONES <sup>(1)</sup> A PERSONAL SANITARIO: PROPUESTA PARA UNA REFORMA PENAL <sup>(\*)</sup>

*Elena Martínez-Zaporta Aréchaga*  
Abogada; Máster en Derecho Sanitario.  
Bufete Amorós de Valencia

*Rafael Fernández-Delgado Momparler*  
Abogado. Bufete Amorós de Valencia

Índice: I. Introducción: piezas que no encajan. II. Violencia social, violencia laboral y derecho penal. III. El Delito de Atentado. IV. La condena como Atentado de las agresiones a determinados Funcionarios Públicos. V. Propuestas para el legislador.

## **I. INTRODUCCIÓN: PIEZAS QUE NO ENCAJAN**

Desde comienzos del año 2007 hasta bien entrada el año 2008, se han sucedido en la prensa y en los

---

\* Trabajo presentado al IV Premio Derecho y Salud

<sup>1</sup> Sobre la conveniencia de utilizar el término “agresiones”: carece de contenido típico penal en sí mismo (salvo que sea puesto en relación con otros términos como en los arts. 148. 1º, 178 y ss., 552.1º y 607 bis 2.2º CP y exceptuando el concepto de agresión ilegítima del art. 20.4º.1º del mismo texto legal); es el que predomina en los documentos suscritos para reforzar su castigo -como veremos a lo largo de este trabajo-; es susceptible de aglutinar el conjunto de acciones delictivas de las que pueden ser objeto los profesionales (lesiones, amenazas, insultos o vejaciones, según han sido descritos en los estudios estadísticos previos, tales como el mencionado en la nota 24; y en la STS (Sala de lo Penal) de 9.10.1992 al tratar un caso de atentado, “agresión” se equipara a la acción de “acometimiento” “como una de las modalidades (quizá la más caracterizada y grave) de atentado”. Además, coincide con los usos correctos aceptados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua para designar “un acto contrario al derecho de otra persona”, y también es el “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle

portales informativos colegiales, diversas noticias que anuncian con gran entusiasmo y con aspecto de planificación inter-institucional<sup>2</sup>, intenciones, actuaciones

---

daño” (esto último entendido en sentido figurado, según anotación propia del compendio lingüístico, que recoge asimismo el dolor psíquico), acogiéndose finalmente esta acepción por ser la más acorde (vid. CALIZ CALIZ, R., “La asistencia jurídica activa al personal de los servicios de salud. El fenómeno de las agresiones”. Revista Derecho y Salud. Vol. 14, marzo 2006, Extraordinario del XIV Congreso de Derecho y Salud (participación en la Mesa Redonda).

<sup>2</sup> Puesto que si bien los interesados comparten el común denominador de tener naturaleza pública y autonomía y personalidad jurídica propia, pertenecen a distintos niveles gubernamentales. Esto es, el art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales (modificada mediante Ley 74/1998, de 26.12; por Real Decreto-Ley 5/1996, de 7.06; por Ley 7/1997, de 14.04; por Real Decreto-Ley 6/1999, de 16.04 y por R Decreto-Ley de 6/2000, de 23.06) establece que, “Son corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. Y aunque los Estatutos de Autonomía suelen atribuir la competencia exclusiva en materia de “Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 36 y 139 de la Constitución” -que refleja el art. 49.22 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valen-

y hechos consumados llevados a cabo a fin de obtener el objetivo de dotar de mayor protección a los trabajadores del Sistema Nacional de Salud, cuando sufren un altercado violento protagonizado por los usuarios de estos servicios (pacientes o acompañantes).

Las Instituciones actuantes parecen haber creado un “triángulo protector”<sup>3</sup> sustentado en cada uno de sus vértices por las Fiscalías Territoriales<sup>4</sup>, la Administración Autonómica sanitaria y los Colegios Profesionales. Pero esta disposición lejos de suponer un refugio seguro y bien trazado para garantizar la represión y disuasión de conductas violentas, no es sino una frágil urna de cristal, pendiente aún de basamento y estructura firmes, aunque el esfuerzo sea de agradecer y desde luego es positivo.

---

*ciana-, para la creación de Colegios Profesionales con ámbito de actuación autonómica, “sin perjuicio del ámbito territorial de los ya existentes” –Ley de la Generalitat 6/1997, de 4 de diciembre, de Consejos y Colegios Profesionales de la Comunidad Valenciana, por continuar con el ejemplo anterior-: “No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración” (Fº Jº 4º in fine de la STC 89/1989, de 11 de mayo, que trata de su naturaleza jurídica, y que es citada en el Dictamen 907/2007 del Consejo Jurídico Consultivo de esta misma Comunidad). Por su parte, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (modificada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre), que regula el Estatuto Orgánico el Ministerio Fiscal, dice en su art. 2 que “Es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (...)”, relatándose los órganos que lo conforman y una breve explicación de su funcionalidad en los arts. 12 y 13 del mismo texto legal. En cuanto a las Comunidades Autónomas el art. 2 (principio de autonomía), 137 (autonomía de gestión) y 143 CE (acceso a su autogobierno) la reconocen como la célula territorial más importante en la estructura organizativa del Estado.*

<sup>3</sup> “El papel del Estado en la regulación de la profesión médica es obvio y aunque las modalidades que adopta tal regulación varían grandemente en los diversos países, en todos ellos, sin embargo, la manera como se resuelven los problemas propios del nuevo modelo médico-sanitario y como influyen en la relación triangular estado-sociedad-profesión depende, en gran manera, de la capacidad de esta última de introducir reformas en su seno”. P. 18. en “El nuevo profesionalismo médico. Una ideología expresada en conductas”, que figura como aportación a la Monografía nº 7 de HUMANITAS, REVISTA DE HUMANIDADES MÉDICAS, Nº 7, La Profesión Médica: los retos del milenio, editada por la Fundación Medicina y Humanidades, [www.fundacionmhm.org/edicion.html](http://www.fundacionmhm.org/edicion.html).

<sup>4</sup> A través de los Fiscales Superiores de cada Comunidad Autónoma, en la mayoría de los casos, y por iniciativa de las Fiscalías Superiores en algunos casos, como por ejemplo la de Alicante.

La primera crítica surge de facto: cada entidad de las descritas se mueve en círculos concéntricos puesto que ninguna por sí sola puede atajar el problema, y sólo se podría llegar al centro estableciendo relaciones secantes, porque la actuación de cada una lo es en el límite de sus competencias. Así, el Ministerio Fiscal mediante Convenios de colaboración<sup>5</sup>, circulares e instrucciones de unificación de criterios<sup>6</sup> ofrece –si bien no siempre explícitamente<sup>7</sup>– la posibilidad de lograr penas más duras para los infractores, añadiendo a la calificación de la acción de que se trate (porque se haya causado una lesión, una amenaza o vejación) la del delito de atentado y propugnando la inmediatez en el enjuiciamiento de los casos, sin descartarse que su tramitación pueda ser deducida como Juicio Rápido (si concurren los requisitos del art. 795 LECrim), y siendo favorables a la solicitud de Medidas Cautelares específicas como las Órdenes de Alejamiento. Las Consejerías de Salud autonómicas: han elaborado Planes de Prevención de agresiones<sup>8</sup>, han

---

<sup>5</sup> Como el suscrito el pasado 5 de Mayo de 2008 entre la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Madrid y el ICOMEM (Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid) en Materia de Agresiones contra Médicos para dicha Comunidad y que puede ser descargado en archivo pdf en [www.](http://www.)

<sup>6</sup> Murcia, Valencia, Cataluña, Córdoba, etc. PAÍS, A. “La agresión a personal médico, un delito”. *El Médico Interactivo*. 21/03/2007.

<sup>7</sup> El Convenio de Colaboración citado en la nota 5 incluye un ANEXO en cuyo punto 3 hace un listado de las actuaciones a realizar por la Fiscalía, y en él no incluye el compromiso de calificar los hechos como Delito de Atentado, pero proclama en el apartado c) que: “Todo atentado, toda amenaza o toda coacción graves que den lugar a la incoación de un procedimiento por delito, tendrán la consideración de delito público, por lo que el perdón del ofendido o la renuncia a la indemnización no extinguirán, en ningún caso, la acción penal (arts. 106, párrafo 1º LECrim).

<sup>8</sup> Tales planes aparecieron en la Comunidad Autónoma de Murcia (2005), Andalucía (2005) y Baleares (2005), Canarias (2006) y otras. Sin embargo, en el año 2004 la Consejería de Sanidad y Consumo de Madrid dictó la Orden 212/2004, de 4 de Marzo (BOEM núm. 63/2004), “por la que se establecen las Directrices y líneas generales para la elaboración de planes de prevención y atención frente a potenciales situaciones conflictivas con los ciudadanos en los centros e instituciones sanitarias públicas y se crea la Comisión de Seguimiento”. Ésta fue modificada por la Orden 683/2006, de 24 de Marzo (reforma el art. 7) por la que se adscribe la Comisión Central de Seguimiento a la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias y fija sus miembros (entre ellos con la categoría de Vocales permanentes –arts. 7.3 d) y e)- el titular de la Dirección General de Aseguramiento y Aten-

creado Registros de inscripción de aquéllas con los que dar lugar a informes estadísticos y, han dirigido y están dirigiendo Programas de formación<sup>9</sup> y Campañas de sensibilización a la población, también de advertencia de las posibles consecuencias<sup>10</sup>. Las organizaciones colegiales han iniciado la mayoría de las veces las conversaciones con las Fiscalías, tras

---

*ción al Paciente –que indica quién pertenece como paciente al SNS-, y un Letrado de los Servicios Jurídicos de esta Consejería –“adscrito al Servicio Madrileño de Salud”-). Pero en el entorno médico y periodístico se critica que durante años las comisiones de trabajo previstas han estado paradas, sin dar forma a las encomiendas, pese a ser la primera unidad territorial que, incluso, reguló la conveniencia de tales Planes. De hecho, el programa previsto no se ha culminado hasta la Orden 22/2008, de 21 de enero, por la que se ha creado el fichero de datos de carácter personal, denominado Fichero PRPSC –Plan Regional de Prevención de Situaciones Conflictivas-, dependiente de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Ésta contiene un ANEXO con las instrucciones para añadir los datos correspondientes, que se divide en dos partes: a) los referentes al agredido, los hechos, el agresor –sin llegar a identificarlo-; b) los referentes a la concreta acción emprendida y a su seguimiento. En el art. 6 se dice que: “La aplicación surge por la necesidad de cubrir una serie de necesidades: - Centraliza toda la información referente a las agresiones; - Unificar todos los documentos de denuncia que existen en la Comunidad de Madrid; - Explotación agregada respecto de unos determinados datos; - Tácticas de prevención en base a la explotación de los datos”.*

<sup>9</sup> Destinadas a los Profesionales para aprender a manejar a pacientes de los que quepa esperar una respuesta agresiva y poder llegar a evitar el conflicto.

<sup>10</sup> Destacando el impulsado por los Colegios de Enfermería de Castilla – La Mancha, adoptado por Canarias y otras Comunidades, que rezaba “La Agresión no es la Solución”, el llevado a cabo por el Colegio de Médicos de Valencia en 2005, “El médico siempre está”; y el reparto de carteles en Madrid que incluso desató una polémica judicial al ser denunciada por la Asociación de Defensa del Paciente –la cual insistía en el tono coactivo de los mismos- pero que fracasó en los Tribunales. El cartel decía simplemente: “El Colegio de Médicos en su obligación de velar por la profesión para asegurar la salud de los madrileños advierte que en caso de amenazas o agresiones físicas o verbales a los médicos, denunciará por la vía penal al agresor, dada la condición de autoridad que es inherente al médico en el desarrollo de sus funciones”. Quien relata estos hechos es MARTÍN-PEREDA RODRÍQUEZ, J.M. “Las agresiones a médicos y sanitarios. Causas y Remedios”. Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 2005. p.p. 17 – 21. En su opinión: “No se trata a los madrileños de potenciales agresores, pues no hay potencial que valga, sino se advierte al que piensa tomar esta vía delictiva de las consecuencias contra los delincuentes que, en las filas de pacientes o familiares, en lugar de acudir a las vías legales, acude a los punibles (...). Además, tiene razón el Colegio de Médicos de Madrid, el cartel defiende a los propios pacientes que se sienten agredidos de la actuación de los violentos”.

poner a trabajar en el asunto a la Asesoría Jurídica correspondiente<sup>11</sup>, han establecido un servicio para tramitar directamente con este Ministerio las denuncias que se interpongan<sup>12</sup> y han suscrito seguros de defensa específicos para estas ocasiones, con lo que al colegiado le sale gratis la representación por el Procurador y ser atendido por su Abogado.

Pero:

1) El art. 2 *in fine* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que éste “(...) ejerce su misión por cualquier medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”. ¿Es correcto que los Fiscales españoles declaren públicamente cuál va a ser el contenido de la acción penal cuando se agrede principalmente a los médicos y enfermeros (y ahora también a maestros), si Magistrados, Doctrina y Letrados no están completamente seguros de que estas conductas sean tipificables a través del art. 550 CP?<sup>13</sup> ¿Es conveniente que se

---

<sup>11</sup> Vid. Comunicaciones en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario en el año 2005, realizada por los Letrados del Colegio Oficial de Médicos de Jaén, Doña M<sup>a</sup> Jesús Alarcón Vena y Don Juan José Ruiz de Aldana y Bellido.

<sup>12</sup> Cataluña, La Rioja, “Terra”, 29 de Julio de 2005, asistencia gratuita en Valencia y La Rioja, “Yahoo! Noticias, 1 de Julio de 2005.

<sup>13</sup> Una STS (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), núm. 1030/2007, de 4 de diciembre (JUR 2008,648), efectivamente acepta la calificación de Atentado, pero con el Voto Particular del Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, quien muestra sus dudas en cuanto al Bien Jurídico protegido, a si puede extenderse o no el concepto de “Orden Público” al desempeño de funciones en la Sanidad por el hecho de ser funcionario -en este caso a los médicos-, si puede decirse que éstos encarnan realmente a la “autoridad” y si estas extensiones interpretativas son correctas. Dichas dificultades se exponen tomando como partida una dudosa aclaración contenida en el propio fallo general, donde se llega a la cuestionable conclusión de que tendría que ser una Ley Orgánica la que restringiera las posibilidades de aplicación de este delito (F<sup>o</sup> J<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> punto 6: “Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa

filtren a la prensa decisiones concretas sobre procedimientos aún vigentes?<sup>14</sup> Además, *la realidad es que son los jueces y no los fiscales los que resuelven las controversias y quienes deciden el destino de un acusado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, a través de las Sentencias. Son los jueces quienes tienen la potestad jurisdiccional, y sus únicos protocolos a seguir son los del imperio de la Ley*<sup>15</sup>.

---

*restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador". Es cierto también que no abundan los trabajos reflexivos sobre el particular, siendo el discurso más serio el del Dr. en Derecho, DON FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA, Defensor del Pueblo de Navarra, presentando "Administración Sanitaria y Violencia Laboral: propuestas frente al problema", publicado en Derecho y Salud, Vol. 15, núm. 2 (Julio - Diciembre de 2007), y que posteriormente fue editado por el servicio de ediciones del Defensor del Pueblo en Febrero de 2008, como "Informe especial sobre la Violencia en el ámbito de la Administración Sanitaria", además de ser finalmente publicado en el B.O. del Parlamento de Navarra (núm. 24) el 11 de Marzo de 2008. Como principal novedad y como colofón al tratamiento penal de estas conductas incorrectas, propone que el establecimiento de infracciones administrativas (por incumplir los deberes impuestos por el art. 11 de la Ley General de Sanidad y sus homónimos en las legislaciones de cada Comunidad Autónoma) dado su art. 35 y que: "Por tanto, con carácter de regla general, sin otra excepción que los casos extremos de lesiones muy graves, me parece más propicia que el delito de atentado (cuya argumentación puede aparecer jurídicamente más forzada) la imposición por la Administración de una sanción administrativa con posibles varios tipos de acciones, que castigue al autor de estos actos de acometimiento, intimidación, empleo de fuerza en grado mínimo o resistencia al personal sanitario" (Vid. p. 37 del Boletín del Parlamento navarro que coincide con la p. 231 de lo publicado en Derecho y Salud).*

<sup>14</sup> En Octubre de 2007 en una noticia que aparece en el periódico digital [www.teleprensa.net](http://www.teleprensa.net) de Almería, figura como documento adjunto lo siguiente: "FISCALÍA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA. En relación al escrito de fecha 20 de agosto de 2007, presentado por Vd. en esta Fiscalía en representación de la Asociación Profesional y Sindical de Médicos de Almería, pongo en su conocimiento que el Ministerio Fiscal ha interesado del Juzgado de Instrucción nº 2 de Almería la transformación del Juicio de Faltas núm. 119/07 incoado por dicho Órgano Judicial en Diligencias Previas para el enjuiciamiento de los hechos acaecidos el día 3 de Mayo de 2007 en el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Torrecardenas de esta ciudad como un posible delito de atentado a funcionario público".

<sup>15</sup> DE LORENZO Y MONTERO, R. en Redacción Médica el 28 de Septiembre de 2007, Núm. 633. Año III. Sección "Por Ley. Ecos y Comentarios." <http://www.redaccionmedica.com/indexhtm.php?id=633>. También en ENÉRIZ OLACHEA, F.J. Op. cit. p. 227 (artículo en DS): "No obstante, no puede olvidarse que compete al juez determinar en cada caso, a la vista de los

2) Al margen de la potestad conferida a las Comunidades Autónomas para poder instar denuncias si se arremete contra sus funcionarios (compatible con nuestro sistema antiformalista del acceso a la Jurisdicción Penal), es importante distinguir que puede y debe actuar en tres aspectos que han de ser diferenciados:

- Por un lado, para evitar su responsabilidad como "agente empleador" en el cumplimiento de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales<sup>16 17</sup>. Es claro que no puede priorizar a unos trabajadores en detrimento de otros. Quiere esto decir, que su obligación es la de procurar la misma "asistencia jurídica activa" a cualquier víctima, y que su reac-

---

*hechos y con arreglo al Código Penal la calificación procedente: a') si son constitutivos de un delito o de una falta; b') si son constitutivos de delito, si lo es de lesiones o de atentado a la autoridad o funcionario público; y c') si constituyen una falta, si es de lesiones o simplemente de amenazas y vejaciones (...)"*

<sup>16</sup> Según veremos en el próximo epígrafe, el "fenómeno de las agresiones" (expresión difundida por ya apuntado, XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 20 - 21 de Octubre de 2005, título de una de las Mesas Redondas a que pertenece la ponencia que destacamos seguidamente) al producirse en un contexto laboral (el lugar en que ocurre o en que agresor y agredido se conocen es el centro de trabajo habitual de este último, y en el tiempo, aparece con ocasión del desempeño de las funciones del puesto de cada cual), merece que se les apliquen medidas de Prevención en los oportunos planes, lo que no excluye a la Administración, pues la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en su Exposición de Motivos (apartado III) la incluye específicamente. De hecho en el seno de la OIT (Ginebra en 2002), se redactaron unas Directrices Marco a considerar para frenar esta cuestión en los Centros de Trabajo Sanitarios, conceptuando tal fenómeno como "violencia laboral" (ENÉRIZ OLAECHEA, J.F. Op. cit. p. 222, ofrece al fin una definición de violencia sanitaria, como parte específica de la anterior, en p. 223).

<sup>17</sup> Para LUZÓN CUESTA, J.M. en "Los ilícitos penales", (Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario), si se demuestra que la conducta penalmente reprobable se produjo por ausencia de seguridad en el lugar donde trabajaba el agredido, el organismo público del que éste dependa sería Responsable Civil Subsidiario (p. 30). Igualmente, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., Op. cit. p. 12 dice que, además, la responsabilidad puede resultar de dos frentes: "No debería olvidar que en caso de agresión a alguno de los sus trabadores el Director del Centro es responsable del incumplimiento del deber de proteger adecuadamente al personal que allí trabaja. y, en determinados supuestos, de la falta de previsión ante la existencia de posibles situaciones de riesgo de los profesionales".

ción jurídico-procesal<sup>18</sup> esté sistematizada y sea siempre la misma.

- Por otro, tendrán que coordinarse las funciones encomendadas a los Servicios Públicos de Salud cuando actúan como “colaboradores de la Justicia”<sup>19</sup>, con las de Bienestar Social<sup>20</sup> y Salud Pública debiéndose encargar estudios epidemiológicos *ad hoc*.
- Por último, lo mismo que transmite instrucciones para abordar situaciones de Emergencia como incendios u otras catástrofes, el proceso formativo no sólo ha de referirse a médicos y enfermeros, sino al resto de trabajadores habiendo de estar capacitados para actuar de modo también coordinado, posibilitando que se lleve a efecto con el conjunto de dispositivos de seguridad que muchos Hospitales ya han instalado en sus recintos<sup>21</sup>.

No obstante, a diferencia de los Colegios que no pueden decidir como sí lo pueden hacer las Administraciones Sanitarias, es preciso que no caiga en el olvido que tienen competencia para legislar e imponer sanciones<sup>22</sup>, que el fin de la Administración es

administrar para los ciudadanos y ser tratados con igualdad, y que la respuesta penal ha de ser siempre impulsada cuando han fracasado otros recursos, a tenor del principio de intervención mínima. ¿Puede afirmarse, por tanto, que éstas han hecho todo lo posible intentando reducir el número de estas conductas con otras fórmulas legítimas o se están apuntando a la corriente penal de manera acomodaticia?

3) Los estamentos colegiales se han movido conjuntamente bien a través de los Colegios provinciales, bien unificándose entre los existentes en una Comunidad, y comprometiendo asimismo a su Consejo General que ya cuenta con un “Grupo de Trabajo de Agresiones a Profesionales”<sup>23</sup>. También esto es predicable de los Colegios de Enfermería<sup>24</sup>. Justifican su intervención tanto para lograr el refuerzo del prestigio perdido de sus profesionales, como para la defensa de los intereses de ese sector. La previsión del

---

de la Ordenación Sanitaria de esta Comunidad, tanto a nivel competencial como de ejecución, y que puede ser acogido sin problemas por sus homónimas en el resto del territorio nacional. Si bien sin descuidar la competencia que para la legislación básica estatal sigue correspondiendo a las Cortes Generales.

<sup>23</sup> En [www.cgcom.org/book/export/html/344](http://www.cgcom.org/book/export/html/344).

<sup>24</sup> Entre otras, puede señalarse la Comunicación con la que se clausuraron las “Jornadas sobre Violencia Laboral en el ámbito sanitario” del día 14 de Noviembre de 2007 y que el Colegio de Guipúzcoa dirige al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial que acudió a estos actos. Celebradas los días 13 y 14 de Noviembre de 2007 en San Sebastián. En el apartado de Noticias de la web, [www.coegi.org](http://www.coegi.org). En su encabezado se lee: “El colegio profesional solicita actuar como intermediario en la denuncia, protegiendo la identidad de su colegiado y realizando todo el trámite necesario, al igual que los médicos”. Básicamente lo que se pretende es canalizar las denuncias a través del Colegio, para que sea el domicilio de éste el que conste, asegurando su llegada directa a la Fiscalía, y protocolizar este método para que sea adoptado por Álava y Bizcaya. Muchos estudios estadísticos previos se deben a los Colegios de enfermería, demostrando ser el sector más agredido puesto que es consustancial a su trabajo y a las funciones de cuidado que tienen encomendadas, el trato permanente y directo con el paciente y los que le rodean. Vid. introducción de ENÉRIZ OLAECHEA, Op. cit, p. 218 y GASCÓN, S., MARTÍNEZ-JARRETA, B., y OTROS, “Análisis Médico-Legal de la Violencia en el medio sanitario. Estudio de la incidencia del impacto para la salud psíquica de las agresiones a profesionales de la salud”, en Medicina Clínica, Vol. 128, nº 8, 2007, p.p. 307 – 310, expuesto como lección magistral en Noviembre de 2006 en el III Master de Derecho Sanitario y Bioética, UCLM, Facultad de Derecho de Albacete. (También en El Periódico de Aragón, edición digital, de 26/08/2006 y Suplemento de Salud nº 700 de El Mundo.

<sup>18</sup> Tanto en Murcia, Andalucía, Cataluña ..... los hechos son denunciados por el propio Centro a través del mismo cauce que el previsto para los accidentes de tráfico, lo que asegura la naturaleza “pública” de la denuncia y garantiza cierta privacidad al médico en cuanto a sus datos personales, al ser una entidad la que se persona en el proceso. Vid. los compromisos del MF en el Convenio firmado en Madrid con el COMEM.

<sup>19</sup> Ha de hablarse aquí de los Protocolos redactados para la asistencia y recogida de muestras sobre personas que han sufrido maltrato sea de género o familiar, violaciones, así como para emitir los informes de lesiones de diversa índole (tráficos u otros), suponiendo ésta una colaboración judicial inestimable, contribuyendo así a las Diligencias de investigación de los delitos e identificación de culpables. Un ejemplo importante lo encontramos en el art. 15 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>20</sup> En cuanto impulsa medidas y ayudas para determinados sectores desfavorecidos de la población o cuya problemática (como en el caso de salud mental) es necesario absorber desde una óptica igualmente preventiva.

<sup>21</sup> Cámaras de seguridad, alarmas luminosas silenciosas, mayor presencia de personal uniformado, etc. MARTÍN-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p.p. 18 – 19.

<sup>22</sup> Ya hemos aludido a la propuesta del Defensor del Pueblo de Navarra, con la que estamos de acuerdo, quien demuestra la viabilidad de un catálogo de infracciones en la Ley reguladora

art. 36 CE se consuma en relación a las profesiones reguladas, entendiéndose por tales aquéllas cuyo ejercicio está conectado con la satisfacción de derechos o garantías que la CE reconoce para aquellos a quienes va dirigida la prestación<sup>25</sup>, debiéndose cumplir para ello unos requisitos administrativos que el Estado prescribe. Desde el momento de su incorporación, el colegiado queda sometido a un régimen disciplinario propio, representado por el Código Deontológico<sup>26</sup>, máximo exponente de la capacidad de autorregulación de la Administración Corporativa. Desde este lugar que le han diseñado las leyes, y siendo conscientes de que sus miembros han de anteponer el interés de sus pacientes por encima de los suyos propios, ¿son competentes para solicitar calificaciones penales (en duda) bajo pretexto de desprotección sin considerar otros caminos previos un poco menos significativos y acordes con su objeto?<sup>27</sup> Además, la

<sup>25</sup> Esto ha sido ampliamente analizado por la Jurisprudencia del TC (SSTC 386/1993; 330/1994; y 194/1998, entre otras muchas) y explicado por la Doctrina, en el sentido de realzar que es una característica esencial del destinatario de los servicios su vulnerabilidad: como desconocedor de la Ley y de la organización judicial cuando ha de acudir al Juez (Abogados), o debilitado por la enfermedad en la relación médico-enfermero/paciente.

<sup>26</sup> SERAL, L. en *El Médico Interactivo*, "El secreto médico, "punto débil" del entendimiento entre la Ley y la ética", y en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/1261/lang.es/> (miércoles 16 de Marzo de 2005). Entre las definiciones de Deontología, encontramos la de la "Real Academia de la Lengua, como la "ciencia o tratado de los deberes". Y, "según el CEDM – Código de Ética y Deontología Médica siendo el vigente de 1999, sin perjuicio de los existentes a nivel particular en cada Colegio-, la deontología médica es "el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico".

<sup>27</sup> Las profesiones deben de dirigirse a los Poderes Públicos con cautela cuando se trata de pedir algo para sí, para que no entre en contradicción con los fines indicados en la nota 2 de esta exposición. Más aún cuando lo que se pide impacta en el objeto de su protección pues los condenados son asegurados del SNS y pacientes a los que a priori deben dispensar su mejor atención. Esto es: en muchas ocasiones se acusa a los médicos de "corporativistas", y de que se "cubren unos a otros". En los comentarios de no pocos lectores al respecto de las noticias en las que se informa del endurecimiento de las condenas (edición digital de *El País* acerca de la noticia publicada el 05/05/2008, con el titular "Las agresiones a médicos ya no quedarán impunes", *Información.es* -Periódico digital de la provincia de Alicante- "Los casos denunciados de agresiones a médicos se duplican en el último año", de 14/04/2008; y en *Laopinondezamora.es* (digital de *El Correo* de esta provincia), a la publicación "La Audiencia Provincial califica de atentado una agresión a un médico de guardia del 112" del 23/05/2008) se describe el apoyo

colegiación es obligatoria para todo aquel que quiera ejercer, desarrolle su actividad en el sector público o en el privado: todos respetan el Juramento Hipocrático, obedecen a un mismo Código Deontológico y quedan afectados por la disciplina corporativa. Es evidente que quienes sean agredidos en un centro privado o en su consulta, con causa en una relación mercantil no caen en el ámbito del art. 550 CP, ¿puede entonces participar el Colegio en el deseo de la imposición de unas consecuencias jurídicas previstas para incriminar a quienes atacan a un bien jurídico colectivo (mantenimiento del Orden Público establecido, *prima facie*) y que no protege al individuo atacado en sí?

La segunda crítica ha de espetarse con la Ley en la mano. Si repasamos los análisis<sup>28</sup> doctrinales, algunas sentencias<sup>29</sup> y los pareceres de ciertos juristas independientes (en tanto en cuanto no están al servicio de cualquiera de las entidades anteriores) es obligado mencionar que se comenzó hablando de "un cambio legislativo", si bien ninguno se ha aventurado a determinar si se tendría que modificar el art. 550 CP, o si se debería de introducir otro tipo penal, o si sólo es cuestión de sumar una agravante más a las existentes.

---

de las Fiscalías como "el triunfo del corporativismo típico de la profesión médica" (y DUEs) hasta un extremo insospechado; reclaman normativas para que el contribuyente pueda defenderse de su "chulería", de su "prepotencia", de sus malos gestos, de su falta de atención y amabilidad, y lo que es más grave: la decisión de calificar las agresiones como delito de atentado es una medida impopular, que no encuentran razonada, e incluso justifican algunas de estas conductas, pues les parece normal que se pueda "perder los nervios" ante las carencias de medios y las actitudes de quienes los atienden. Ello contrasta con diversos estudios en los que se afirma que en España, la profesión médica sigue teniendo a su favor "una confianza muy alta por parte de la ciudadanía", en JOVELL FERNÁNDEZ, A. "Medicina basada en los pacientes" en *Jano.es Medicina y humanidades*. Boletín de 20 de Junio de 2008. Nota 12: aduce a "Confianza en el Sistema Nacional de Salud", coordinado por el autor, en [www.fbjoseplaporte.org](http://www.fbjoseplaporte.org). Recomendamos reflexionar si esta repercusión mediática sirve para algo.

<sup>28</sup> DE LORENZO Y MONTERO, R. Op. cit., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Op. cit. p 16 al hacerse eco de las palabras del Presidente del Colegio de Médicos de Sevilla.

<sup>29</sup> Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª). Sentencia núm. 429/2004 de 9 julio, JUR\2005\59128, que no reconoce el atentado.

Esta reflexión surgía por la comprobación de los siguientes “efectos adversos” como resultado de las agresiones:

- a) Salvo por la comisión de un asesinato<sup>30</sup> o en los casos de lesiones graves, sólo podían ser apreciadas las faltas: de lesiones (por un bofetón), de amenazas (aunque fuesen proferidas con intención de matar), de insultos o vejaciones injustas (incredulaciones comunes y expresiones como “no vales para nada”, “cuando me toca contigo me jodes”, etc).
- b) Como las penas a imponer se quedaban en simples multas (que ni siquiera se pagaban alegando insolvencia real o ficticia) o arrestos domiciliarios, eran frecuentes las reincidencias incluso frente al mismo facultativo<sup>31 32</sup>.
- c) Al corresponder una calificación con arreglo a las faltas, no podían decretarse Medidas Cautelares Personales, lo que implicaba que el agresor podía seguir acudiendo a la consulta, o rondar a su médico o a la enfermera, o continuar molestándolos.
- d) La tardanza de la respuesta judicial provocaba la frecuencia de lo anterior porque el sujeto comprobaba que “aquí no ha pasado nada”, y los profesionales a la vista de estos resultados, callaban si habían sido agredidos, trataban de ser cambiados de servicio o trasladados, caían de baja para no encontrarse con estos sujetos conflictivos, hacían más caso en la consulta a quien adoptaba un comportamiento agresivo para quitárselo de encima lo antes posible y evitar molestias a los demás pacientes, prácti-

cas de “medicina defensiva”<sup>33</sup> y todo ello convencía a los demás para no notificar los ataques que padecieran.

Sin embargo, no puede decirse que la cuestión esté zanjada, y aunque es innegable que la apuesta por el Delito de Atentado y la Falta de Desacato está dando sus frutos en los Tribunales<sup>34</sup>, por lógica es inaplicable a cualquier clase de Funcionario Público. En nuestra opinión tan negativo es legislar *ad hoc* (sobre todo en materia penal), como empeñarse en encontrar un remedio efectivo y casual sin cotejar la técnica legislativa que dio lugar al tipo. Cuando se fuerza el tenor de un precepto para conseguir un fin, el peligro inmediato es la obtención de resoluciones sospechosamente injustas<sup>35</sup>, y a futuro: desnaturalizar

<sup>33</sup> Hay que entender por tales “el ejemplo de procedimientos diagnósticos y terapéuticos con el propósito explícito de evitar una demanda por mala praxis” (p. 2, ARYMANI MANSO, J. “La medicina defensiva: un poderoso boomerang” en *Humanitas, humanidades médicas*. Nº 12, febrero de 2007, citando a Tancredi a quien se deben estas palabras, merced de un artículo publicado en la revista *Sciencie*). En otro artículo publicado por la *Revista Española de Economía de la Salud*, Sep-Oct. 2003 2 (4), por RODRÍGUEZ, C.B., con el título “Medicina defensiva: a la caza del médico, refiere que “Según Asensio López, vicepresidente de la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (SEMFYC), aunque no existe en España ningún estudio sobre el coste económico que genera esta práctica, sí que está cuantificado que los centros de salud que tienen más presión asistencial derivan más a otros especialistas y, en ocasiones, piden pruebas que no son necesarias”. Entre los efectos adversos, además de este aumento de costes por solicitud de esas pruebas innecesarias, pueden también citarse: intervenciones quirúrgicas igualmente innecesarias e inadecuada prescripción de antibióticos y otros medicamentos que causan costes incalculables al sistema, demoras injustificadas, abandono temprano de la profesión, jubilaciones anticipadas del personal, etc.

<sup>34</sup> Se ha aceptado ya en Lugo, en Alicante, en Córdoba, en Jaén, en Sevilla, en Cáceres, en Barcelona. Vid. entre otros, PAÍS, A. “La agresión al personal Médico, un delito”, *El Médico Interactivo*. 21/03/2007 y ENÉRIZ OLANECHEA, F.J. Op. cit. p.p. 218 – 219.

<sup>35</sup> ENÉRIZ OLANECHEA, F.J. Op. cit. No puede darse un “sumatorio” de supuestos porque son también atacados quienes trabajan en unidades conflictivas de la administración: “La novedad de las agresiones a médicos y de su incremento no puede desligarse del entorno social en el que vivimos. No son las únicas agresiones que existen. Agresiones las sufren también otros funcionarios y servidores públicos desde hace años: policías, docentes, funcionarios de sectores problemáticos (expropiaciones, medio ambiente, urbanismo, hacienda, atención al público ..), p. 223.

<sup>30</sup> Muerte de la doctora, Elena Ginel, apuñalada por un paciente a quien había denegado una baja laboral y que ya le había amenazado antes, el 27 de abril de 2001, en Salamanca; y en Langreo el 2 de abril de 2001, también murió un médico de un Centro de Salud que fue acuchillado por el padre de un enfermo, al que tampoco le quiso firmar un papel para obtener una pensión de incapacidad. MARTÍN-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 5.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, p.p. 5 y 6.

<sup>32</sup> LUZÓN CUESTA, Op. dit. P. 6.

la *ratio* de la norma e inefectividad para castigar los ilícitos para los que surgió.

Las críticas mostradas pueden solucionarse acudiendo al ajuste legislativo del Código Penal (sin perjuicio de otras acciones coadyuvantes que las Instituciones mencionadas continúen acordando según su ámbito competencial), que, evidentemente, tendrá que tener en cuenta las sentencias ya dictadas hasta la fecha. En nuestra opinión las dificultades a resolver consisten en responder a una serie de preguntas que cuestionan las características que son predicables del concepto “*funcionario público*” tal como aparece en el art. 550 CP: concluir no qué es <sup>36</sup>, sino quién es. O lo que es lo mismo:

- a) Determinar qué profesiones de las que ostentan estos funcionarios son esenciales para el correcto funcionamiento de un servicio prestado por el Estado (con especial atención al sanitario);
- b) Si pueden serles atribuidas facultades vinculadas al principio de autoridad (que es una de las discusiones de los Jueces);
- c) Si quedaría sin más asimilado a “*autoridad o agente*”, o si es algo distinto en cuyo caso debe resaltarse para evitar problemas interpretativos, y posibilitar que otras conductas parecidas a éstas y que puedan surgir, encuentren respaldo en este precepto (si es un sujeto pasivo que encarna al Orden Público).

---

<sup>36</sup> Lo que sí se haya superado es qué es: el art. 24.2 CP y la Jurisprudencia dictada, no dejan duda. Lo son los que hayan sido nombrados de los modos que ahí se indican, y comprendiendo también los llamados “*supuestos asimilados*”, bien por razón de sus ocupaciones (alguien que suple a un empleado público por diversas causas: vacaciones, excedencias, etc, y aunque sea contratado laboral), bien por Convenios o Conciertos con entidades públicas (así hay clínicas privadas que temporalmente están prestando servicios a los asegurados de la Seguridad Social); y además ya se ha dicho expresamente que son funcionarios, a los efectos penales, los médicos y enfermeros que hayan accedido mediante oposición a un puesto en el SNS: ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. Op. cit. p. 229, STS 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993/4189).

## II. VIOLENCIA SOCIAL, VIOLENCIA LABORAL Y DERECHO PENAL.

Resulta obvio que en nuestros días hay un aumento de actitudes sociales negativas que inciden sobre la convivencia pacífica. Hay una carga no deseñable de agresividad en nuestra Sociedad que no respeta clases y que ya no es privativa de poblaciones desfavorecidas.

El primer síntoma de alarma de tales aseveraciones en la Sanidad, se produjo al estudiar el aumento de los ataques y verificar que los mismos se estaban convirtiendo en habituales por parte de “*pacientes o familiares de comportamiento normal*”<sup>37</sup>.

Realmente no hay distintas categorías de violencia sino una única definición, si bien sí es constatable, cómo el conjunto de comportamientos que comprende, se manifiestan en el trabajo, en las aulas, contra las mujeres, contra los menores, etc. Según la RAE la Violencia es “*acción o efecto de violentar o violentarse*” (segunda acepción), Violentar “*aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia*” (primera acepción) y Violento “*que está fuera de su natural estado situación o modo*”, “*que obra con ímpetu y fuerza*”, “*que se hace bruscamente, con ímpetu y fuerzas extraordinarias*”, “*que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia*” (acepciones 1, 2, 3 y 7). Si recogemos todas ellas es porque nos interesa poner de manifiesto que, en cualquier caso, y pese a que los psicólogos que se han encargado de esto admiten que la violencia ha sido regularmente consentida a lo largo de toda la Historia

---

<sup>37</sup> *Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, “Las agresiones al personal médico de los servicios de salud”, cit. Comunicación de los Letrados ALARCÓN VENA y RUIZ DE ADANA Y BELLIDO. P. 1: “Podemos afirmar que hasta comienzos del año 1992, las agresiones a Médicos que se había producido eran casos aislados y el sujeto agresor sufría algún tipo de trastorno que explicaba de alguna manera este comportamiento, aunque por esa misma razón podía ser evitable por la institución, con medidas como el aislamiento, derivación a los servicios de salud mental, etc, para la seguridad del persona sanitario. En la década de los 90 surgen los conflictos del Servicio Andaluz de Salud, siendo los agresores pacientes o familiares de comportamiento normal (...)”.* También en GASCÓN, S. y MARTÍNEZ-JARRETA, B. “Análisis médico legal de la violencia en el medio sanitario”. Op. cit. notas 4 y 5: Henk L, Nijman M, Rector G. *Crowding and agresión on inpatient psychiatric wards. Psychiatric Services, 1999.*

de cualquier país, puede decirse que es algo anormal en un estado civilizado, más aún en un Estado democrático de derecho, y que subvierte el orden moral, canjeándose no sólo por daño físico, sino también psíquico, pudiendo ser ejercida no sólo por los individuos, sino por los colectivos, las instituciones, los políticos; y que no sólo abarca actos con consecuencias físicas (homicidios o lesiones), sino todos aquellos que de alguna manera producen sufrimiento humano: los bajos salarios, la drogadicción, el desafecto, la indiferencia, el chantaje, la ira, el repudio, la xenofobia, la homofobia, la crisis económica, la contaminación, y un sin fin de factores que configurarían la “*violencia macro o violencia de la sociedad o violencia social*”<sup>38</sup>.

No existe una definición unívoca de “Violencia Social”. En nuestra Jurisprudencia, la STC 89/1993, de 12 de Marzo, dice: “El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales acciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esa actividad delictiva”. La violencia contra la colectividad, según la vertiente destacada (que difunde sentimientos generalizados de temor e inestabilidad de la capacidad de protección estatal) conceptúa el delito de terrorismo.

El Defensor del Pueblo al referirse a ella, ha expresado que ésta sería explicable “a través de las peticiones que los ciudadanos dirigen”<sup>39</sup> en la medida de

que “representan un indicio de violencia actual o futura en una determinada dirección”. Así pues “si repasamos de manera sucinta los últimos informes presentados a las Cortes, podemos espigar unos cuantos temas verdaderamente sensibles a la hora de establecer la situación de la violencia social en nuestro país”<sup>40</sup>. Se citan un total de cuatro:

- La violencia de género o contra la mujer (que fue objeto de un Informe Monográfico en 1998);
- La violencia contra los menores<sup>41</sup> (de muy amplio espectro porque no sólo abarcaría la delictiva como maltrato, sustracción, secuestro, etc, sino también a la llamada “entre iguales”, de un menor a otro menor).
- La violencia en los Centros Penitenciarios.
- La violencia entre los administrados y los responsables de las Administraciones Públicas (“*Ya se trate de asuntos relacionados con una u otra materia, la discrepancia o el desencuentro suponen siempre un cierto grado de violencia implícita o manifiesta que da lugar a la correspondiente queja*”<sup>42</sup>). Curiosamente.

---

sentados en este acto. Me refiero, por ejemplo, a la violencia criminal derivada del terrorismo, la que se manifiesta en actos individuales como el suicidio, la violencia específica desarrollada por bandas juveniles o la violencia producida a consecuencia de malformaciones cromosómicas que pueden estar en el origen de conductas antisociales y delictivas”.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>41</sup> **Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006 (2007), Informe Monográfico, que puede ser descargado en <http://www.defensordelpueblo.es/informes2.asp>.**

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 8 “Una queja que muestra, entre otras muchas situaciones, lo exagerado de un periodo de espera para proceder a una intervención quirúrgica, o para ingresar en una residencia de ancianos; una reclamación sobre el mal funcionamiento del Registro Civil, o una petición sobre negativa de homologación de un título universitario, y que hacen germinar en el interesado una mínima dosis de agresividad y, por ende, de violencia, por lo menos la que se deriva del esfuerzo de redactar su escrito ante el Defensor del Pueblo. Eso sin contar con las posibles consecuencias ya más graves que tales deficiencias administrativas pueden traer consigo como son el agravamiento de la enfermedad, la pérdida de una oportunidad de empleo, o la no inclusión en el sorteo de una vivienda”. Aún no hemos encontrado las conclu-

---

<sup>38</sup> CAMARGO ABELLO, M. *Violencia escolar y violencia social. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Nacional de Prevención y Atención del Maltrato infantil celebrado en Santafé de Bogotá en noviembre de 1996.*

<sup>39</sup> MÚGICA HERZOG, E., *La violencia social en España. Lección Magistral en el acto de apertura del I Congreso Nacional de Psiquiatría. 25 de Septiembre de 2007. p.3* “Y aún así dejaré al margen bastantes núcleos de violencia que necesitarían muchísimo más tiempo y recursos de más calado para ser pre-

El seis de Junio de 2008, el Defensor, presentó a las Cortes el Informe Anual de 2007. En él encontramos una Recomendación sobre mejora de la seguridad y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de posibles hechos delictivos que tengan lugar en centros docentes en concreto para la Comunidad de Madrid<sup>43</sup>. En ésta se vienen a solicitar instrucciones para procurar la intervención activa de los órganos de gobierno cuando los profesores sean agredidos en el entorno escolar, recomendándose “a las autoridades gubernativas y locales” mejoras de seguridad en los recintos escolares, apoyo “a los profesores en los supuestos de agresiones indicados, poniendo los hechos presuntamente delictivos en conocimiento del Ministerio Fiscal o apoyando activamente a los mismos, a través de la formulación de denuncias y personación en los procedimientos resultantes”.

Se pide, por tanto, a las Administraciones que, en estos casos, tomen partido y se impliquen tanto en la prevención y seguridad como en la agilización de los trámites penales<sup>44</sup>.

Postulados de “violencia social” fueron utilizados en la última reforma importante de nuestro Código Penal con ocasión de la Violencia de género, que permitieron traspasar el ámbito privado en que se produce la agresión, y demostrar que no sólo hay una afectación individual sino que las ramificaciones de fondo son mucho más profundas<sup>45</sup>, por lo que los

---

siones a las que ENÉRIZ OLAENECHEA, F.J., *Op. cit. se refería en su trabajo p. 218.*

<sup>43</sup> p. 1409 del mismo, al que se puede acceder desde la página web de este órgano estatal.

<sup>44</sup> La personación en los Autos si se está produciendo en las agresiones a profesionales sanitarios, por ejemplo en la SJ de lo Penal nº 1 de Langreo (Asturias) núm. 40/2008 de 6 de Marzo (JUR 2008, 129557), seguida en conformidad, habiendo comparecido como acusación particular el SERVICIO ASTURIANO DE SALUD, junto con el Ministerio fiscal. No obstante, les correspondería igualmente iniciar la acción a tenor del art. 215.1 in fine. Es también habitual la presencia de los Servicios Públicos de Salud en pleitos para reclamar los gastos de la asistencia sanitaria recibida dimanantes de procesos sobre accidentes de tráfico o de lesionados por agresión de particulares.

<sup>45</sup> La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Exposición de Motivos reza: “I. La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra socie-

Poderes Públicos no podían quedar indiferentes en garantía, entre otros, del derecho declarado en el art. 15 CE. En su estructura se contemplan “medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención en diferentes ámbitos”<sup>46</sup> como el educativo, publicitario, sanitario, social y político<sup>47</sup>, reconociéndose los derechos de información, justicia gratuita y acceso a ayudas, y finalmente en el Capítulo IV, Título IV el endurecimiento de “la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula”<sup>48</sup> mediante la introducción de un tipo agravado de lesiones y castigándose “como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres”<sup>49</sup>.

Acreditado que es posible agravar la punición desde estas premisas, y que la maquinaria legislativa ha sido capaz de solventar en buena parte, estos otros

---

*dad. Se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el mero hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. “La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales (...). Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”. Atendiendo a las recomendaciones internacionales, y aunque con anterioridad se ha legislado sobre el particular en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre; la LO 15/2003, de 23 de noviembre (que es la primera modif. el CP); y la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (y otras que han sido dictadas por las Comunidades Autónomas, “II (...) El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas”. “La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación”.*

<sup>46</sup> Se explica todo ello en el apartado III de la Exposición de Motivos.

<sup>47</sup> Y algunas específicas para las Funcionarias Públicas.

<sup>48</sup> Exposición de motivos, apartado II.

<sup>49</sup> Exposición de motivos, apartado III.

fenómenos complejos<sup>50</sup>, es pertinente, por tanto, enumerar los factores latentes en el tipo de violencia que da título a estas líneas:

a) Factor Sociológico. Compuesto por:

- El aumento global de la agresividad.
- La insatisfacción personal de los individuos por la inaccesibilidad a bienes y servicios que ofrece el mercado<sup>51</sup>, ante la incapacidad de seleccionar la intencionalidad de los mensajes publicitarios.
- Entrada en vigor de legislaciones que aun siendo acordes con los dictados de la sociedad democrática, no son bien entendidas por sus destinatarios, los cuales las más de las veces creen que tienen “derecho a todo”<sup>52</sup>.
- El vilipendio de la clase política y los casos de corrupción con dinero del recaudo de impuestos<sup>53</sup>.

b) El Factor del Cambio en la relación clínica:

- En su naturaleza: pasando de un carácter mercantil y personalista (al médico se le pagaba por asistencia), y que evolucionó par-

tiendo de los Hospitales como “casas de misericordia y caridad”<sup>54</sup>, a convertirse en parte del sistema de prestaciones públicas, canalizadas por la Seguridad Social<sup>55</sup>; y paradójicamente en los últimos tiempos, se ha transmutado la concepción en el SNS del papel del paciente al que ya se identifica como “usuario” más cercano a una conceptualización economicista de “cliente”, y porque con ese término se quiere aunar a aquellos “potenciales enfermos” que son beneficiarios de la prestación.

- En su contenido: hay una progresiva pérdida de confianza en el papel del médico, habiéndose disparado el número de demandas interpuestas para pedir responsabilidad a aquellos<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> *Ibidem*: “Desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario invertir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención de las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica”.

<sup>51</sup> Entre los efectos perniciosos de una Sociedad de Consumo, se encuentra aquel consistente en crear necesidades para potenciales demandantes que realmente no tienen ninguna falta de adquirir el producto, y que se consigue convenciendo al consumidor mediante una hábil estrategia de marketing, de la obtención de una serie de cualidades que le diferenciarán del resto por hacer suyo el objeto.

<sup>52</sup> De corte y base proteccionista. Comenzando por la legislación de consumidores y usuarios, y como más concretamente los acusados derechos que propugna la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, que crean una serie de expectativas en los pacientes que no es cierto que no estuviese contemplado con anterioridad. TORRALBA ESTEBAN, J. en Mesa Redonda publicado Revista Derecho y Salud. Vol. 14, marzo 2006, Extraordinario del XIV Congreso de Derecho y Salud, p. 57.

<sup>53</sup> Y que parece hacer más “sensible” a la gente sobre el destino de sus impuestos, lo que tiene relevancia en el sector sanitario, puesto que es crónico el debate sobre su financiación y sus déficits.

<sup>54</sup> ANTEQUERA VINAGRE, J.M. y ARIAS MENÉDEZ, E. (Dir). *Sistema Sanitario y Recursos Humanos. Aquellas “casas de caridad”, no obstante, tenían un importante componente práctico que alumbró los orígenes de la prestación sanitaria: era el único lugar que permitía la reunión de varias patologías al mismo tiempo y su posibilidad de estudio coetáneo, hizo surgir al “médico especialista” (se llegó a la convicción de una sola persona no podía aunar tantos conocimientos). Empero sin abandonar inicialmente dichos especialistas la relación mercantil con el enfermo puesto que esta nueva categoría de sabiduría les reportaba “mejoras en los honorarios que se podía cobrar, lo que permitía a su vez segmentar más aún la demanda”*. P. 3. Fue esta “segmentación de la demanda” el principio de la novedad y que desembocó en actual configuración de los Hospitales y su destino. Hoy día también la figura de la enfermería es algo aparentemente normal, pero no existió como especialidad de estudio y cuerpo diferenciado del de los médicos (pues no están subordinados a éste), hasta los años 50 del siglo pasado.

<sup>55</sup> El Cap. IV del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, describe la Acción Protectora, concretando en su art. 38.1 a) que está comprendida “La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”.

<sup>56</sup> El individuo sólo es consciente de los derechos adquiridos no de sus deberes. Una de las causas que cita DíEZ MURCIANO, A. “La perspectiva médica sobre la prevención de las agresiones”, ponencia en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario en 2005 p.7 como “causante directo de violencia” apunta que las Administraciones hacen una promoción desmedida de la queja que pueden dirigir los usuarios, si no fueron adecuadamente atendidos: “con ello se está haciendo culpable al profesional de la demanda sin que éste tenga conocimiento siquiera de la misma o se le permita opinar al respecto” (al margen de lo prevenido en el art. 10 del RD 429/1993, de procedimientos de Responsabili-

c) El Factor Violencia Institucional: se trata de una expresión acuñada por Rosana Yacer Verdú en su artículo *Generalidades sobre la violencia en el trabajo. Una reflexión sobre el posicionamiento y sus connotaciones éticas en el sector del trabajador de la salud*<sup>57</sup>. Sin perjuicio de que próximamente volvamos sobre ella, ésta aglutinaría los defectos queridos y no queridos en la ordenación del trabajo en Hospitales y Centros sanitarios. Los primeros serían los relacionados con la precariedad laboral que los empleados padecen y que han de admitir porque si no “*en la calle hay muchos como tú*”, y las incoherencias despertadas por estarse recurriendo a modos de gestión privados en entidades públicas<sup>58</sup> (para frenar la escasez de recursos –cualidad, por otro lado, propia, en economía, de los bienes públicos-). Los segundos se identifican más con cuestiones de jornada, horarios y tareas aún no

clarificadas en el funcionamiento regular de estos servicios<sup>59</sup>.

d) El Factor Causalidad heterogénea<sup>60</sup>. Para no solaparnos con lo que ha sido destacado por otros autores, diremos que no hay un foco único fácilmente contrarrestable. Además las causas explicativas del “grupo de los agresores” (paciente, familiares o acompañantes), algunas son difíciles de erradicar desde el punto de vista preventivo porque no se puede actuar sobre la escala de valores de la Sociedad, ni planificar un revulsivo educacional ante la diversidad de los estratos poblacionales y de la procedencia de los individuos<sup>61</sup>, lo que determina que no sea posible elaborar un perfil.

Queda por último que nos refiramos a la “Violencia Laboral”, por cuanto que ésta permite desplegar una labor preventiva previa a la producción de

---

*dad Patrimonial de las Administraciones Públicas, informe al servicio relacionado con el presunto daño). Sobre ello también, BENITO ANGUITA, F., “Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo”, Derecho y Salud, Vol. 13, núm. 1, Enero – Junio 2005, que relata los puntos de descontento de los ciudadanos, tales como: - universalidad aparente porque hay quien no tiene aún acceso a la Seguridad Social; - Imprecisión y falta de concreción en la documentación clínica (porque a veces no se resalte todo lo que el paciente espera); - Desatención a personas con enfermedades mentales; - Falta de acceso a toda la cartera de servicios (en algunos lugares no se puede optar a tratamientos e intervenciones que sí están disponibles en otras Comunidades Autónomas, ej: reproducción humana y daño cerebral sobrevenido, o abandono de enfermos crónicos); - Ausencia de investigación sobre cuotas de daños adversos admisibles o no admisibles; - Implantación de un sistema de arbitraje para resolver cuestiones sin necesidad de acudir a la vía judicial; - Escaso uso de las nuevas tecnologías; - Adopción de un Baremo propio para los “accidentes sanitarios” cuando éstos sean responsables.*

<sup>57</sup> Presentado en las Jornadas de la Confederación de Sindicatos de Trabajadores y Trabajadoras de la Enseñanza (STEs-Intersindical), celebradas en Valencia en 2006, organizadas por el Área de Salud Laboral de la Intersindical Valenciana y el Área de Salud Laboral de la Confederación de STE, bajo el título único, “La Violencia en el Trabajo”. La ponente es Delegada de Prevención y Coordinadora de Salud Laboral del STSPV-IV. p. 166 y ss.

<sup>58</sup> Recordemos que aunque la empresa que dirija, haga las contrataciones y pague las nóminas sea privada, los pacientes son habitualmente públicos.

---

<sup>59</sup> *Planificación de las Guardias de 24 hs versus Jornada Ordinaria, fijación de las tareas de los MIRs, salarios, cobro de días festivos, Turno Rodado, “pooles”, vacantes, bolsas oficiales de empleo que están desapareciendo, etc.*

<sup>60</sup> *De la explicación de las causas que concurren para acabar produciendo la agresión, se han pronunciado: A) ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. Op. cit. pp. 223 – 224, y que divide en “causas objetivas” (que coinciden con apartados que acabamos de tratar como la concepción actual del papel del médico, la situación de la Sanidad, etc) y “causas subjetivas” (que llevarían al agresor a culminar la acción, por creer que no se le está prestando la atención debida, principalmente). B) DÍEZ MURCIANO, A. Op. cit. p.p.4 – 7 que podríamos clasificar en: a) las que incumben a los médicos y enfermeros (interrupciones durante la consulta, actitudes de intolerancia, discusiones entre ellos, defectos en la atención como no escuchar correctamente al paciente o no razonar el por qué de la denegación de un tratamiento); b) las que son imputables al servicio (retrasos y demoras, masificación de las Urgencias, falta de personal o la no organización adecuada de la plantilla); c) las que provienen del individuo (maleducado, impaciente, exigente, etc). C) Para MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p.p. 12 – 15 son: a) Observables en el individuo que desea una “sanidad a la carta”: que le prescriban el medicamento que él quiere, o que le den una baja laboral; b) La pérdida de confianza en el médico, que se refleja en el aumento de las demandas por negligencia, p. 13, “cuando se invierten los papeles y ya no se reconoce su autoridad, se recurre a los jueces” (y que coincide con el análisis de ENÉRIZ OLAECHEA al precisar que el art. 43 CE lo que reconoce es un derecho de reacción al ciudadano para reclamar por los cauces establecidos, pero no un derecho de cumplimiento automático), y c) El aumento de la violencia en todos los ámbitos, que provoca que el “rol del enfermo” sea distinto en cada cultura.*

<sup>61</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 17.

cualquier delito, y las aportaciones que la misma está proveyendo al Sistema son de un valor incuestionable. Ahora bien, sus fundamentos y arquetipos no tienen que confundirse con las prerrogativas penales, y su tratamiento puede ser concomitante, pero nunca mezclado<sup>62</sup>. Esto es: el concepto ha sido conformado en desarrollo de los Planes de Prevención de Riesgos, y se dirige a evitar resultados lesivos para los empleados, que tras su producción podrían ser objeto de corrección por los Tribunales, o por denuncia penal (generalmente) o de otra índole, si se demuestra que aquello se perpetró. Y agrupa a:

- La Violencia ejercida por personal no vinculado al Centro (público en general y otros terceros);
- La Violencia ejercida de un trabajador a otro trabajador.
- La Violencia ejercida por el empleador en incumplimiento de las condiciones óptimas del entorno ambiental, contractual y organizativo en que se desarrolla el trabajo (el novísimo cuño de “violencia institucional” que mencionábamos *ut supra*), que a la postre es de más difícil probatura<sup>63</sup>, por motivos obvios, pero no por ello inexistente o exento de perseguibilidad.

El conjunto de acciones parte de la obligada preservación que en el ámbito laboral se debe a la protección de la integridad física y psíquica concedida a nivel individual (del art. 15 CE), vertebrada colectivamente o de forma plural (para los trabajadores), vía art. 40.2 CE. La no implantación de las medidas o su

incorrección engendra responsabilidad para el empleador y puede llegar a constituir un delito<sup>64</sup>.

De ahí que haya sido enfatizada su consideración como bloque diferenciado dentro de los riesgos que pueden darse en el contexto del trabajo<sup>65</sup>. La OIT en las Directrices Marco para afrontar la Violencia Laboral en el Sector de la Salud<sup>66</sup> en el año 2002, afirma que “afecta a la dignidad de millones de personas en todo el mundo”, siendo “una importante fuente de desigualdad, discriminación, estigmatización y conflicto”. Pese a que “la violencia laboral afecta prácticamente a todos los sectores y categorías de trabajadores, el sector de la atención de la salud corre un riesgo grave”, puesto que en este sector “puede ser casi la cuarta parte del total de la violencia que tiene lugar en el trabajo”, y, “en conjunto puede afectar a más de la mitad de los trabajadores de la salud”.

Entre la casuística: “la creciente presión de las reformas y tensión en el trabajo, la inestabilidad social y el deterioro de las relaciones personales”; “cada vez más, la violencia doméstica y la violencia callejera pasan a las instituciones de salud”<sup>67</sup>. Se confirma que “la violencia laboral en este sector es universal, si bien pueden variar las características locales”, y que provoca serias consecuencias porque repercute “en la prestación de los servicios de salud, y pueden dar lugar a deterioro de la calidad de los cuidados dispensados y a decisiones de los trabajadores de abandonar las profesiones de atención de salud”; y esto a su vez, “puede ser causa de que se reduzcan los servicios de

<sup>62</sup> Pese a que el tipo penal dispuesto en el art. 316 CP “utiliza el mecanismo de norma penal en blanco, remitiéndose a la normativa extrapenal con la expresión ‘infracción de las normas de prevención de riesgos laborales’ “. GALLARDO GARCÍA, R M<sup>a</sup>, “La protección penal de la Salud de los Trabajadores”. *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2, Julio – Diciembre 2006. p. 268.

<sup>63</sup> LLÁCER VERDÚ, R. *Op. cit.* p. 167. “De hecho la violación sistemática de las normas vigentes en el sector público y la violación de los derechos humanos constituye una afrenta psicológica y moral cotidiana que provoca graves daños a la salud física y psíquica de los trabajadores públicos conllevando además otros efectos devastadores”.

<sup>64</sup> “En el caso en que se produzca una lesión de los bienes jurídicos, vida y salud, podrán entrar en juego otros delitos del Código Penal, como el homicidio o las lesiones culposas, mediante la vía de los concursos”, es decir, además de los arts. 316 y 317 CP. *Ibidem*, p. 268.

<sup>65</sup> Vid. la Orden 683/2006 de la Consejería de Sanidad y Consumo de Madrid que reconoce “que la prevención y atención frente a situaciones conflictivas con los ciudadanos se incardina en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”.

<sup>66</sup> Preparadas como parte de los trabajos realizados en el Programa conjunto OIT/CIE/OMS/ISP sobre la Violencia Laboral en el Sector de la Salud (2000 – 2002), Ginebra mayo de 2002, debiéndose la primera versión de las mismas a Vitorio Di Martino (abril 2002).

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 1.

salud disponibles para la población en general, y aumenten los costos de la salud”<sup>68</sup>.

Al fin en la página 3 se define esta lacra: “está constituida por incidentes en los que el personal sufre abusos, amenazas o ataques en circunstancias relacionadas con su trabajo –incluidos los viajes de ida y vuelta a él- que pongan en peligro, implícita o explícitamente, su seguridad, su bienestar o su salud (Definición adaptada de la Comisión Europea”.

Evidentemente, la Violencia Sanitaria sería es una modalidad o subconjunto dentro de este espectro general, que exige un planteamiento equilibrado y global tanto en su tratamiento como tras la aparición del altercado<sup>69</sup>.

Recientemente, han aparecido publicaciones que proponen líneas maestras para enfrentarse al problema, para actuar sobre los “puntos negros”:

- Mayor presencia de efectivos de seguridad en Atención Primaria y Urgencias;
- Campañas institucionales de concienciación del papel del médico y los enfermeros (propaganda que no sólo autoricen los Colegios, pues es destinatario agresor respeta más a la Administración que a lo corporativo)
- Dispositivos de alerta.
- Implicación de las Consejerías de Salud Pública y Servicios Sociales (drogadicción, enfermedades mentales, marginalidad....)

---

<sup>68</sup> *Ibidem* p. 2 que continúa: “Estimaciones de varios estudios fiables indican que el estrés y la violencia representan probablemente alrededor del 30% de los costos totales de las enfermedades y accidentes. Sobre la base de estas cifras, se ha sugerido que el estrés/violencia puede costar aproximadamente entre el 0.5 y el 3,5% del PIB de cada año”.

<sup>69</sup> A lo que contribuyen los programas de notificación de agresiones, y las normativas aprobadas para adecuar los cauces de la supresión de estos comportamientos desordenados, en términos de “asistencia jurídica activa”, según hemos mencionado en otras partes de esta composición, por ejemplo por el RD 257/2005 de 29 de noviembre de Asistencia Jurídica al Servicio Andaluz de Salud.

- Cumplimiento estricto de los Planes de Prevención que incluyan ya prevención especializada<sup>70</sup>.

Y un largo etc .....

Todo lo anterior, justifica que se deba tomar en serio el abordaje penal, puesto que los acontecimientos han demostrado un calado generalizado, con tintes internacionales y que se encuentra enraizado en las entrañas de lo cotidiano. Por lo que queda mucho por hacer, y no sólo en la sustantividad penal, sino en lo procesal (que no se alargue *sine die* el proceso), en lo educacional y en la atención a las víctimas<sup>71</sup>.

### **III. ANÁLISIS DEL DELITO DE ATENTADO.**

#### ***1. Antecedentes históricos***

A pesar de que el Derecho Romano ya regulaba los delitos *laesae maiestatis*, el más claro antecedente de los delitos regulados por el Título XXII del Código Penal de 1995 tiene su origen en el derecho nacido al hilo de la Revolución Francesa. Con anterioridad, cualquier referencia a una infracción similar está necesariamente orientada al castigo de las ofensas a la majestad del monarca, lejos del sentido que adquiere el delito de atentado a la luz de la codificación revolucionaria<sup>72</sup>.

En efecto, el bien jurídico protegido en el delito de atentado se define con la legitimación de la función pública a raíz del cambio de régimen y de la construcción de una Administración pública que descansa sobre las leyes y son dos las concepciones teóricas que justifican la tipificación de actos violentos contra funcionarios públicos desde su origen: a) la protección personal del funcionario; y, b) la defensa

---

<sup>70</sup> Que es solicitado por YELA YELA, C. en “Violencia en el sector sanitario”, Revista Formación de Seguridad Laboral. Ed. Borrmart nº 98, marzo – abril 2008. p.p. 4 al final.

<sup>71</sup> Si las agresiones pueden ser o no tenidas como accidente laboral, se está estudiando por unas comisiones creadas en los Colegios de Médicos de Córdoba y Madrid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 26 y Diariomedico.com el 25/05/2003 y Diario médico, el 29/09/2003.

<sup>72</sup> JAVATO MARTÍN, A.M. El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 3.

de la misma función pública, en tanto que representa directamente al Estado<sup>73</sup>. Esta última parece ser la que ha recogido nuestro vigente Código penal, como veremos a continuación.

## 2. Tipificación penal en España

Hasta la reforma del Código Penal de 1850 no se regula expresamente en nuestra legislación criminal. Si bien con la codificación empezaron a recogerse tipos similares a los propuestos por el Código revolucionario francés de 1791, en los que se contemplaban figuras heredadas de los *crimen laesae maiestatis* que las Partidas<sup>74</sup> habían consagrado en la recepción del Derecho Romano<sup>75</sup>.

Con la Codificación llega la influencia del delito de “resistencia violenta”—equivalente al actual atentado- del Derecho francés<sup>76</sup>. El Código de 1822 regula por un lado los delitos de resistencia o impedimento de ejecución de leyes y actos de justicia, la violencia y acometimiento a autoridad o funcionario público, y por otro lado el desacato, conductas castigadas con distinta pena según la voluntad o disposición del sujeto activo de matar al destinatario del ataque (art. 326) o de no matarlo (art. 327), siempre que éste se halle en el ejercicio de sus funciones o que la agresión se perpetre con motivo de su ministerio.

El Código de 1848 castiga a quienes acometen o se resisten a la “Autoridad o sus agentes en el ejercicio de su función”, y prevé un subtipo agravado en caso de comisión del delito contra guardia o centinela. Podemos observar que esta norma elimina la figura del funcionario público como destinatario genérico

del atentado, restringiendo la protección a la “autoridad y sus agentes”<sup>77</sup>.

La reforma autoritaria de 1850 introduce por primera vez el tipo específico de atentado, que continúa haciendo referencia únicamente a los anteriores, aunque no sólo en el ejercicio de su función sino también cuando no se hallen en su ejercicio, “*siempre que sean conocidos o se anuncien como tales*”<sup>78</sup>.

El Código de 1870 supone un avance sistemático frente a los tipos anteriores, y lo consagra como un delito contra el orden público. Pero sigue limitando su protección a la “*autoridad y sus agentes*”<sup>79</sup>.

El Código de 1928 amplía los sujetos pasivos protegidos, al incluir a los funcionarios públicos en el tipo. Adopta una protección privilegiada de las autoridades públicas, que no necesitan encontrarse desempeñando sus funciones para ser objeto de atentado, requisito que sí que se exige en el supuesto de los agentes de la autoridad y los funcionarios públicos<sup>80</sup>.

El Código republicano de 1932 recoge una réplica exacta de la formulación del Código de 1870<sup>81</sup>.

Y por último, el texto refundido de 1944 y el Código Penal de 1973 establecen un concepto más represivo, que vuelve a tener en cuenta, en cierto modo, el concepto de “majestad”. Se distinguen grados de desvalor según la función o calidad del cargo desempeñado por la persona atacada, y además se extiende la protección, en algunos cargos de especial importancia (Jefe de Estado, Ministros, y autoridades y funcionarios públicos designados directamente por aquél) en los que se castiga incluso el “*atentado indirecto*”<sup>82</sup>, cometidos mediante actos contra familiares de éstos.

Con carácter previo a la aprobación del Código de 1995, cuya regulación estudiamos seguidamente,

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>74</sup> En CARRERO SÁNCHEZ, “El delito y falta de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad y sus agentes: una visión realista entre el exceso y el defecto en su aplicación penal práctica”, *Diario La Ley*, N° 6481, 12 May. 2006, Ref. D-120, Editorial La Ley, encontramos también un estudio de interés relativo a las figuras afines al delito de atentado en el periodo anterior a la Codificación.

<sup>75</sup> JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 281.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 290 y ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 300.

el delito de atentado sufrió diversas reformas que tenían por objeto la adecuación de la penalidad a los valores constitucionales<sup>83</sup>, que fueron orientando el tipo hacia la actual regulación.

### 3. Regulación actual. Elementos del delito.

Está recogido en el art. 550 del vigente Código Penal, que fija la infracción del siguiente modo:

“Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

Sin perjuicio del estudio más detallado, según expondremos, comenzaremos diciendo que no es en absoluto pacífica la doctrina científica acerca del *bien jurídico protegido*, pero podemos afirmar que mayoritariamente existe acuerdo en: que está superado el tiempo en que se concebía como objeto de protección exclusivamente el principio de autoridad (a salvo de las matizaciones con respecto a este término que veremos más adelante); que la sistemática del vigente Código Penal es claramente mejorable y que el orden público es el principal destinatario de la protección de este tipo penal.

En cuanto a los *elementos subjetivos*, la parte activa del delito no presenta mayor problema, mientras que sí que hay que hacer especial referencia al sujeto pasivo. La jurisprudencia se ha venido sirviendo, en los casos de la autoridad y el funcionario público, de lo prevenido en el artículo 24 del Código Penal:

“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.”

No existe un correlativo en el CP para el caso de los agentes, de modo que hemos de acudir al art. 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para ver quiénes son los protegidos penalmente por el art. 550:

“En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad”<sup>84</sup>.

Es aquí donde surgen las primeras dudas al relacionar los *actos punibles* contemplados en el tipo con el sujeto pasivo. Las conductas castigadas son: acometer, emplear fuerza, intimidar gravemente o hacer resistencia activa grave. El hecho de introducir esta última puede llevar a pensar, en una interpretación conjunta de todos los actos tipificados, que es necesario cierto grado de capacidad de coerción en este sujeto pasivo. Es decir, que no baste con que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 24.2 CP para considerar a cualquier funcionario público susceptible de sufrir los ataques contemplados en el artículo 550 del Código Penal, sino que la referencia a este acto concreto acota la protección a aquellos funcionarios públicos contra los que se pueda ejercer “resistencia activa grave”.

---

<sup>84</sup> El artículo 2 de la referida LOFCS, por su parte, establece que “son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”. Tiene relevancia también, no en la delimitación de los sujetos protegidos, pero sí en la aplicación de penas establecida en el art. 551, el artículo 7.2: “Cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad”.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 305.

#### 4. La tipificación como falta

También de la regulación del artículo 634, que podríamos considerar equivalente al delito de atentado en el apartado de las faltas podemos extraer algunas conclusiones:

“Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.”

En este tipo, incluido en el Título IV del Libro III del Código Penal, que lleva la rúbrica, de acuerdo con su Título correlativo en el Libro II, de “Faltas contra el orden público”, ya no se hace referencia a los funcionarios públicos, lo cual reduce el ámbito de protección de este abstracto colectivo, puesto que únicamente aparecen castigadas penalmente las agresiones graves a funcionarios públicos en el artículo 550. No podemos mostrarnos de acuerdo, por lo tanto, con LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN cuando afirman que la falta presenta una delimitación exclusivamente cuantitativa de respecto de sus correspondientes delitos<sup>85</sup>.

Dicho esto, nos sorprende considerablemente la sentencia del Juzgado de Instrucción número Tres de Jaén, que condenó por el art. 634 el menosprecio verbal realizado contra un médico<sup>86</sup>. Sin dejar de ser una anécdota, consideramos que es un dato bastante elocuente a la hora de valorar en su justa medida la capital importancia que tiene la determinación del sujeto pasivo no sólo en el análisis de la normativa

<sup>85</sup> LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 214. Hay que precisar, para ser justos, que los autores hablan como delito de referencia de la falta del art. 634 el delito de resistencia del art. 556, y que, en ese caso sí que podríamos hablar de una diferencia exclusivamente cuantitativa de los tipos.

<sup>86</sup> *Diario Médico*, 27 de septiembre de 2005. En concreto, la sentencia dice que “la expresión utilizada para denunciar los hechos resulta ser inadecuada, desproporcionada y afecta a la autoridad que representa la actividad pública que desarrolla el médico”. El término empleado por el paciente hacia el doctor había sido “veterinario de mulos”, al redactar en el mostrador una queja por la que consideraba haber recibido una deficiente asistencia sanitaria.

vigente sino también en relación con la relevancia social del colectivo médico.

#### 5. Tratamiento específico del bien jurídico protegido y del sujeto pasivo del delito

##### 1º.- El bien jurídico protegido

La vaguedad nominal del Título XXII en el que se incardina al atentado (Delitos contra el orden público) ha dado pie a una amplia literatura que busca precisar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos que contiene.

Sí que parece una cuestión pacífica la consideración de que el Código Penal de 1995 ha desterrado lo que podríamos llamar el “principio de autoridad clásico”<sup>87</sup> como único integrante de la protección, para ir absorbiendo como tal el concepto de orden público<sup>88</sup>. Sin embargo, como señala CUERDA ARNAU, el bien jurídico configurado de ese modo tiene escasa utilidad, incluso como “bien jurídico categorial”<sup>89</sup>, y la pregunta que se plantea a continuación es obvia: ¿qué es, entonces, a efectos penales, el orden público?

Y es en respuesta a ello donde podemos encontrar casi tantas opiniones como autores y, casi también, podríamos afirmar, tantas interpretaciones jurisprudenciales como sentencias.

<sup>87</sup> En contraposición a pronunciamientos, por ejemplo, la STS 161/1997, que distingue una reformulación más acorde con la Democracia y sus organismos como “dignidad del ejercicio de la función pública”. En este sentido, resulta interesante la crítica realizada por CARRETERO SÁNCHEZ (Op. Cit.) a las posturas que destierran tal nomenclatura: “En el fondo de las tesis que se alejan del principio de autoridad late un recelo injustificado al ejercicio de la misma por sus agentes, olvidando que en un Estado democrático y social de Derecho la autoridad es legítima, está controlada por el Poder Judicial y debe sujetarse en todo momento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. En realidad, consideramos que se trata de un mero problema nominal, más que de fondo.

<sup>88</sup> LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, Op. Cit., p. 200 y VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Valencia, 199, p. 847

<sup>89</sup> CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant on line ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)), TOL349.199, Epígrafe III, p.1

El primer gran bache que hemos de superar es la determinación de la amplitud del concepto<sup>90</sup>, que oscila entre el aparente carácter omnicomprensivo de la nomenclatura del Título XXII<sup>91</sup> y las posturas más restrictivas, generalmente comunes tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial. Y como consecuencia de esto, nos encontramos con intentos de acotamiento que se acercan a la reformulación del bien jurídico protegido, como el que ensaya MUÑOZ CONDE<sup>92</sup>: “*protección de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria*” como fin último del delito. VIVES ANTÓN, por su parte, hace expresa referencia al concepto primigenio del Derecho revolucionario francés, contemplando “*la dignidad de la función pública*” como bien jurídico protegido en la regulación del delito de atentado<sup>93</sup>. CUERDA ARNAU incide, para terminar aceptando esta “*protección del ejercicio de las funciones públicas*”, en el elemento externo de legitimación de esas funciones públicas, frente a la protección de la autoridad en abstracto<sup>94</sup>. JAVATO MARTÍN acota la protección al “*correcto desenvolvimiento de las funciones públicas*”, refiriéndose al concepto de orden público no como bien jurídico protegido sino como *ratio legis*<sup>95</sup>.

En la jurisprudencia reciente encontramos algunas definiciones que tienden a ampliar todavía más este elemento, llegando éste a configurarse como “*la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas*”<sup>96</sup> o el “*normal funcionamiento*

*de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos*”<sup>97</sup>.

En relación con el tema que nos ocupa, y teniendo en cuenta nuestro propósito de *lege ferenda*, estimamos conveniente tomar posición en este debate, tratando por una parte, de averiguar si el ejercicio desempeñado por profesionales sanitarios se encuentra dentro del bien jurídico protegido por el Título XXII del Código Penal y, por otra parte, intentando formular un bien jurídico específico de cara a una hipotética reforma legal.

Con respecto al primer punto, baste destacar de momento la especial importancia de que goza la sanidad en el ámbito de la función pública. Dentro de sus “Principios rectores de la política social y económica”, en el art. 43, la Constitución española reconoce el derecho de protección de la salud, y establece como competencia de los poderes públicos a la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios.

Consideramos, en la línea doctrinal que concibe el bien jurídico protegido del Atentado como “*la dignidad de la función pública*”, que son esta disposición constitucional y las leyes que lo desarrollan las que permiten al personal sanitario gozar de una protección penal específica<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> A este respecto, es muy interesante la batalla dialéctica mantenida entre OCTAVIO DE TOLEDO y MUÑOZ CONDE, comentada en CUERDA ARNAU, *op. Cit.*, Epígrafe III, p. 2 y 3 y, con mayor detalle por JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.* Pp. 328 y 329.

<sup>91</sup> CUERDA ARNAU, (*en Op. Cit.*, Epígrafe III, p. 2), en este sentido llega a hablar de la “escasa utilidad sistemática de la rúbrica del Título XXII”, llamando a centrarse en la configuración de los tipos más que en la nomenclatura del Título.

<sup>92</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2002, p. 590.

<sup>93</sup> VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Op. Cit.*, p. 847.

<sup>94</sup> CUERDA ARNAU, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>95</sup> JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.*, pp. 342-343.

<sup>96</sup> En este sentido, SSTS de 2 de marzo de 2002 y 15 de marzo de 2003.

<sup>97</sup> STS 4 de diciembre de 2007.

<sup>98</sup> A pesar de que se trata de una cuestión que excede los planteamientos de este trabajo, podríamos entrar aquí a valorar si, entendiendo que también la actividad de los profesionales de la sanidad privada está ampliamente regulada por nuestro ordenamiento jurídico, y que, en todo caso, esta actividad está obligatoriamente sujeta a las normas de los mismos Colegios Profesionales que reglan la actividad de los médicos del SNS, y que por lo tanto podemos entender que incluso la sanidad privada tiende al cumplimiento de estos fines constitucionales, a pesar de constituir un producto de la iniciativa privada (con todo lo que ello implica), no sería conveniente pensar en extender la protección específica también a este colectivo.

Y en el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2008, refleja nuestra duda tomando partido del siguiente modo: “Nosotros consideramos que la relación existente dentro de un centro docente, entre los profesores y los alumnos, poco tiene que ver con el orden público y que no alcanzamos a ver ningún tipo de justificación al hecho de que una misma actividad, como es el ejercicio de la actividad docente, tenga una regulación claramente diferenciada en función de que los que la imparten ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos.

Al hilo de las agresiones a médicos y demás personal sanitario y su incardinación dentro del delito de atentado, podríamos hablar del bien jurídico protegido, refiriéndonos específicamente a este asunto, como el ejercicio de actividades destinadas a satisfacer derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente, o, sin apartarnos demasiado del enfoque que MUÑOZ CONDE adoptaba ante el concepto de orden público, como la garantía de tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, entendiendo como tales las prestaciones sanitarias a las que se refiere el artículo 43 CE.

Sin embargo, aunque estamos convencidos de la existencia de un bien a proteger que excede de los intereses meramente individuales, no podemos dejar de mostrarnos críticos con la sistemática del Código Penal, que ha dado pie a una ampliación cada vez mayor del ámbito de protección de la norma en la Jurisprudencia. Se han ido relajando los requisitos que se estimaban necesarios para considerar una acción susceptible de ser calificada como delito de atentado, y de las críticas a la restricción del bien jurídico protegido hemos llegado a una concepción que permite incluir dentro del bien lesionado un catálogo de actividades que excede, en nuestra opinión, de la voluntad del legislador.

## **2º.- El sujeto pasivo**

No cabe duda de que, encontrándonos ante un delito especial por razón del sujeto pasivo, este elemento, estrechamente relacionado con el bien jurídico protegido, merece un estudio detenido. Ese intenso lazo de unión entre ambos elementos viene dado por el concepto “función pública” y quienes la desempeñan, y por el carácter protector de la función, y no del sujeto, que posee la norma vigente<sup>99</sup>, que no ampara personalmente al destinatario de la agresión (para lo cual habría que acudir al tipo correspondiente al bien lesionado en concreto: homicidio, lesiones, amenazas...) sino que únicamente lo protege en tanto que

representante del bien jurídico que se ampara, y que es precisamente esa función pública.

Hemos visto con anterioridad qué sujetos enumera el artículo 550 del Código Penal, pero nos preguntamos, al hilo del debate anterior sobre el bien jurídico protegido (que sería estéril sin la relevancia práctica que tiene su puesta en relación con los sujetos pasivos), si cabe la posibilidad de acotar su alcance de algún modo. Dado que además, uno de los objetos de este trabajo es poner de manifiesto la necesidad de salvaguardar un sector concreto de la función pública (el sanitario), entendemos no sólo posible sino además urgente realizar tal delimitación.

En el sentido del voto particular de la STS de 4 de diciembre de 2007, al que dedicaremos una reflexión en el siguiente epígrafe, se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 23 de mayo de 2008, que concluye que no existe Atentado en el caso de una agresión a un profesor de un centro público por parte de un alumno. Fundamenta su resolución precisamente en esa delimitación del sujeto pasivo a la que nos referimos.

En primer lugar, restringe el alcance del concepto de orden público mediante la simple y eloquente técnica de enumerar los capítulos del Título XXII del Libro II del Código Penal. Y, efectivamente, resulta extraño catalogar una agresión a un profesor por un alumno junto a los delitos de sedición, el tráfico de armas y el terrorismo. En segundo lugar, considera que ampliar el tipo penal de Atentado a supuestos como el tratado lleva a concluir que, dado el carácter de autoridad que dota a la función de profesor su capacidad de coerción, cualquier acto de desobediencia por parte de un alumno sería constitutivo de infracción penal. Y concluye que atender de forma exclusiva o primordial a la cualidad de funcionarios públicos de los primeros supone que podría llegar a plantearse si las decisiones de los profesores en su actividad docente podrían, en su caso, llegar a ser calificadas de Prevaricación<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Lo que es acreditado por la habitual aplicación del concurso ideal de delitos en los casos de atentado: una misma acción lesiona por un lado, la función pública, y por otro, al sujeto que la representa.

<sup>100</sup> En este sentido, el ponente José Grau Gassó pone el siguiente ejemplo: “Ante una situación relativamente frecuente como lo es la decisión de castigar a todos los alumnos de una clase por lo que pudiera haber realizado uno solo o varios de ellos que no

Sin dejar de considerar algo arriesgados los ejemplos citados por la Audiencia Provincial de Barcelona, claramente trasladables de la actividad docente a la actividad médica -y por tanto de los maestros al personal sanitario como sujetos pasivos del delito de Atentado-, lo cierto es que se confirma el carácter conflictivo de la cuestión, que oscila desde la apreciación de que un médico tiene carácter de autoridad hasta la determinación -como en la sentencia comentada- de que un maestro de un centro público (o un médico del SNS, voto particular de la STS de 4 de diciembre de 2007) no es, a efectos penales, ni siquiera funcionario público.

Por último, la implicación de este problema de localización del sujeto pasivo del Atentado va más allá del problema calificador de los tribunales, y afecta a la seguridad jurídica. La condena por este delito exige, además de la calidad de autoridad, agente o funcionario público de la víctima, la conciencia del autor del delito de que, efectivamente, se está atacando a alguno de esos sujetos<sup>101</sup>. Dado que ni los mismos aplicadores profesionales del derecho se ponen de acuerdo acerca de los casos en que efectivamente hay que resolver, que los sujetos atacados están protegidos por el art. 550, tal vez sea considerado exigir al ciudadano medio ser consciente de que, al realizar un acto de los mencionados en este artículo, está, efectivamente, ofendiendo los intereses que desde el precepto se pretende resguardar.

#### **IV. LA CONDENAS COMO ATENTADO DE LOS ATAQUES A DETERMINADOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

Los Tribunales están acogiendo las calificaciones del Ministerio Público cuando la víctima de la agre-

---

*han podido ser identificados, se podría plantear si dicha resolución (...) es manifiestamente injusta y arbitraria a los efectos del delito de prevaricación. De hecho, examinada dicha cuestión desde el punto de vista estrictamente penal, parece evidente que incurre en arbitrariedad quien impone o extiende una sanción a terceras personas que no han tenido ninguna participación en los hechos que han motivado dicha decisión.*

<sup>101</sup> VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Op. Cit.*, p. 849, con cita de la STS de 27 de septiembre de 1986.

sión es un médico<sup>102</sup> o un maestro. Esta imputación no es exclusiva de una zona geográfica, o de un solo órgano judicial, sino que las sentencias que lo reconocen están diseminadas por todo el territorio nacional: por tanto, se trata de una solución que empieza a dotarse de cierto precedente jurisprudencial, gozando ya muchas de estas decisiones de los efectos de la “cosa juzgada” y del valor que el sistema de fuentes del art. 1.6 del Código civil ha previsto para ésta.

No es extraño que los cambios demográficos, tecnológicos, económicos, sociopolíticos u otros, evidencien en más de una ocasión que la normativa preexistente no alcanza a subsumir tipos y relaciones privadas, de tal modo que, al judicializar una controversia, ésta ha merecido una respuesta insatisfactoria<sup>103</sup> por no contener la Ley los elementos precisos para motivar las penas o sanciones que racionalmente cupiera esperar.

En este caso y puesto que es notable que el cambio legislativo aún tardará en producirse, dicha Jurisprudencia tendrá que ser asumida en algún sentido, dentro de la decisión que, en nuestra opinión, merece ser adoptada por el legislador.

#### ***1. Estudio de los Antecedentes***

Tal como hemos expuesto nuestra Introducción, cada día en la prensa se recogen noticias que denotan la violencia en la sanidad y en las aulas<sup>104</sup> producida

---

<sup>102</sup> Debemos destacar la curiosidad que despierta la divergencia entre las estadísticas y la jurisprudencia: a pesar de que los datos estadísticos apuntan a que el personal de enfermería es el que más episodios violentos padece, no es muy numerosa la jurisprudencia respecto a la condena como atentado de estos hechos.

<sup>103</sup> Como ejemplo de ello pueden reseñarse las modificaciones del Código Penal dirigidas a perseguir los delitos perpetrados a través de Internet, y que motivaron la creación de Unidades Tecnológicas en la Policía Nacional encargadas de llevar a la práctica los rastreos de IPs y webs, previa solicitud de la autorización judicial pertinente.

<sup>104</sup> Nos parece adecuado el paralelismo, insistimos, puesto que ambos supuestos participan de la misma imprecisión y han sido los Tribunales y el Ministerio Fiscal quienes los han incluido en la misma categorización, partiendo de una base común: es el Estado quien ha dispuesto la creación de los Centros y las plazas que ocupan los funcionarios de la educación y los sanitarios, en cumplimiento de la prestación de un servicio público constitucionalmente previsto.

hacia los prestadores directos del servicio. Dichas acciones son contrarias al ordenamiento jurídico penal, mereciendo reproche a través de los delitos o faltas de lesiones, amenazas, vejaciones injustas. Esto alcanza al conocimiento de cualquiera, pese a que el “*desconocimiento de la ley no excusa su cumplimiento*”. Esto consiste en la introducción de un punto de inflexión con arreglo al que dejaría de ser solamente aplicable este “régimen general y común” y se sumaría una “excepción” atendiendo a la cualidad de “prestador público” que en conexión con el origen de ese servicio importa para la Sociedad.

Si hay una conclusión sucinta de lo que hasta ahora hemos tratado de exponer, es que nos hallamos ante una situación que no debe ser sostenida u ocultada. El respeto tradicional al médico y al maestro se está perdiendo, pero también es cierto que ese respeto no se fundaba en el temor ni en la proscripción, o lo que es lo mismo, en la autoridad que éstos tenían sobre lo que debía hacerse. Si bien su intervención podía ordenar y organizar comportamientos, esto se hacía desde un enfoque paternalista y no dejaban de ser recomendaciones, tal vez, algo más agravado en el caso de los educadores, que al fin y al cabo sientan las bases en el expediente escolar de las futuras aspiraciones profesionales de los estudiantes (en todo caso una interpretación “indirecta” del autoritarismo).

A nivel fáctico, compatibilizar estos factores, creencias y tradiciones con el esquema penal previsto para las infracciones contra la autoridad, podría resultar alarmista y técnicamente forzado, lo cual se desprende del estudio de la STS de 4 de diciembre de 2007, como veremos.

Ya hemos avanzado que el art. 43 CE no reconoce un derecho a la salud directamente invocable ante los tribunales sino la obligación del Estado de garantizarla al ciudadano del modo previsto por las Leyes y en régimen de igualdad: que todos los beneficiarios accedan en las mismas condiciones al SNS. En cuanto a la educación, sí que es un derecho público reconocido entre aquéllos directamente ejercitables, por hallarse incardinado dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Sin embargo, consideramos que a penalmente tal distinción sistemática carece de importancia, en tanto

que el legislador es libre, dentro de ciertos límites, de escoger los bienes jurídicos a proteger por la legislación penal<sup>105</sup>, y no cabe duda de la especial importancia que, al margen de los derechos de primera generación, han adquirido la educación y la salud como prestaciones públicas.

Los factores sociológicos y el sentimiento de los dañados refiriendo la sensación de que algo funciona mal -puesto que antes no se daban estas agresiones y ahora cada vez se dan con mayor frecuencia- precognizan que está comprometido el buen funcionamiento de los mecanismos existentes -y que inciden por igual en los públicos y en los privados-; puesto que su finalidad es la satisfacción de un derecho constitucional, lo que debería hacerse buscándose en primer lugar la expresión que proteja esta función garantista del Estado, a nuestro parecer, examinando si procede recurrir a los bienes jurídicos ya protegidos o si deben ampliarse o advertirse otros, sin traspasar la barrera del principio de intervención mínima.

## ***2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007***

La resolución que denomina este apartado supone un hito en la Jurisprudencia dado que es la primera vez que el alto Tribunal condena por Atentado y se hace partícipe de lo que viene sucediendo en la Jurisprudencia Menor a la hora de penalizar la agresión a un médico. El especial interés que despierta su estudio no deriva únicamente de este hecho, sino también del voto particular formulado por el Magistrado Andrés Martínez Arrieta, que pone en evidencia, una vez más, la escasa utilidad práctica de la sistemática del Código Penal y el poco consenso existente en relación con el fin protector de la norma.

### ***1º.- Fundamentos de la sentencia***

a) El bien jurídico protegido en el Delito es el orden público, entendido como “aquella situación que

---

<sup>105</sup> LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 11ª Edición, Dykinson, Madrid, 2000. El autor afirma que la observancia del principio de intervención mínima “obliga, para adecuar el Derecho penal a la realidad social, a despenalizar conductas que no se consideran dignas de represión penal, pero al mismo tiempo, a sancionar nuevas formas de criminalidad”.

permite el ejercicio pacífico de derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y, consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas en beneficio de intereses que superan los meramente individuales”.

b) Los sujetos pasivos son la *autoridad pública, sus agentes y los funcionarios públicos*. Frente a lo que, como veremos inmediatamente, opone el magistrado disidente, la Sala acentúa la diferencia existente entre los dos primeros sujetos (quienes tienen mando o ejercen jurisdicción o quienes actúan bajo sus órdenes) y el tercero (cuyos caracteres remite a la regulación del artículo 24.2 CP), con el fin de acreditar la voluntad del legislador de incluir bajo la protección de este precepto no sólo a quienes están directamente encargados del mantenimiento del Orden en sentido estricto, sino también a todos aquellos que desempeñan una actividad a la que se refieren como “*función pública*”.

c) La sentencia trata de redefinir a continuación lo que debemos entender por función pública, echando mano de la Jurisprudencia de la Sala y exponiendo algunos ejemplos casuísticos que sustentan su interpretación. Así, destaca la relevancia de que aquél de quien se predica la función pública “*esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho Administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública*”, o, con carácter más abstracto, contempla que “*cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública*”<sup>106</sup>.

Con el fin de mostrar la amplitud de la figura, cita, entre otras, la consideración de que la Sala entendió que constituía función pública la desempeñada por el presidente de una sociedad mercantil cuya función consistía en la preparación de la venta de una empresa pública<sup>107</sup> y la desempeñada por un farmacéutico titular en tanto que “*siempre está en relación*

*con los correspondientes organismos públicos del área de salud respecto a los asegurados*<sup>108</sup>”. Y, desde luego, no tiene dudas acerca de la cualidad de funcionarios públicos de médicos y enfermeros de la Seguridad Social<sup>109</sup>.

Centrándose en la legislación positiva, la sentencia vuelve al mencionado artículo 43 de la Constitución y dos normas que lo desarrollan: la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, que tienden a confirmar lo anteriormente expuesto con una curiosidad que consideramos interesante destacar: a pesar de que no existe en el discurso adoptado por la Sala en su argumentación la necesidad de ello, introduce, mediante la cita del artículo 9.2 de esta última disposición legal, el elemento de la coerción. Puesto que no parece dar excesiva importancia a este elemento, que simplemente parece arrojar al aire, su mera aparición en este contexto puede llevar a conflicto con la postura demostrada por la propia Sala, dado que precisamente desde el principio parecía restar significado a este elemento, más propio de autoridades y sus agentes que de “*simples*” funcionarios públicos.

d) Y, por último, el TS reconoce la posibilidad, en el mismo sentido que nuestro texto quiere dar a entender: de un exceso en la reacción penal con la asunción por el Código de un concepto tan amplio del orden público. Un exceso frente al que, como mero aplicador del derecho, se muestra crítico pero se reconoce inerte, constatando la ausencia de base legal para restringir tal reacción.

## 2.- Voto particular

Como ya hemos adelantado, el magistrado Martínez Arrieta fundamenta su oposición a la apreciación del 550 en agresiones a personal sanitario en un exceso en la ampliación del concepto de orden público, mostrándose disconforme con la extensión de tal figura a cualquier actividad prestacional que desarrolle el Estado. Destacando el perfil teleológico de la interpretación de la norma, el Magistrado se muestra

<sup>106</sup> Las citas, contenidas en la sentencia estudiada, provienen de la STS 1292/2000 y de la STS 68/2003, respectivamente. En el mismo sentido, ver SSTS 1590/2003 y 866/2003.

<sup>107</sup> STS 1590/2003.

<sup>108</sup> STS 573/2002.

<sup>109</sup> En este sentido, SSTS de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979, 7 de abril de 1981 y 20 de mayo de 1993.

partidario de una reducción del bien jurídico protegido al orden público entendido en sentido estricto, basando su postura en la necesidad de controlar con especial cuidado los límites de un concepto cuyo mantenimiento puede suponer la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos. Esta delimitación del concepto, evidentemente, debe extenderse también a los sujetos protegidos, que serán, según esta concepción, sólo los funcionarios encargados del mantenimiento del orden público.

Es decir, que entiende que los ataques objeto de la protección penal en el delito de atentado son sólo aquellos que puedan recibir los funcionarios que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar este orden público, para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dejando fuera del círculo, por lo tanto, todas aquellas funciones de prestación estatal que no se identifiquen con la autoridad en el sentido clásico: representada por los funcionarios de policía, los integrantes del poder judicial, agentes encargados de funciones de inspección y control...

En resumen, el voto particular se centra en establecer una distinción clara entre la función pública - no siempre protegida por las disposiciones del Título XXII y el orden público en sentido estricto-, verdadero objeto de protección penal, puntualizando la relevancia de esa capacidad de coerción sobre la que la sentencia pasaba de puntillas.

### **3. Toma de postura**

En definitiva, el juzgador se encuentra, en los casos de agresiones a médicos, en un cruce de caminos en el que debe optar entre sancionar la agresión sin tener en cuenta especialidad alguna en el sujeto pasivo, y extender el alcance subjetivo del artículo 550 en la medida que considere oportuno en función del bien jurídico que estime protegido por la norma: dilema expuesto de manera elocuente en la resolución que nos ocupa, o en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que abordábamos en el epígrafe anterior, y que, presumimos, será objeto de contradicción jurisprudencial mientras no se aclare de modo llano el alcance del delito de atentado.

Es un dato importante, puesto que relaciona directamente el estudio de esta resolución con la problemática que referíamos en nuestro punto anterior: la consideración, tanto en la fundamentación jurídica de la sentencia como en los motivos del voto particular, de que el legislador se ha excedido a la hora de determinar el campo de actuación del Derecho penal. Porque el literal del 550 extiende su protección a cualquier funcionario público; o, dicho de otra manera, y de modo más acorde con lo que parece querer expresar la sentencia comentada, parece haber consenso en que la Ley se queda corta a la hora de poner límites al concepto de función pública, y como consecuencia se produce una aparentemente indeseada ampliación de la cobertura de la norma penal.

Incluso compartiendo algunos de los puntos del voto particular, hemos de decir que en la mencionada bifurcación del camino debemos mostrarnos conformes con el sentido de la sentencia. De hecho, es precisamente esa postura crítica con la norma pero estricta en su aplicación la que refleja la necesidad de modificaciones en la ley que exponemos en el siguiente apartado. Porque, efectivamente, consideramos que tal vez la reacción penal que supone la calificación como atentado de las agresiones contenidas en el art. 550 a un médico o enfermero sea excesiva, pero también estimamos que, basándonos en la propia sistemática del Código Penal (con excepción de la rúbrica del Título de referencia), que sólo incluye expresamente a los funcionarios públicos en el referido artículo y no en los demás, y en el literal del artículo 24, no podemos excluir a médicos y enfermeros, en tanto que funcionarios públicos, del ámbito de protección.

Es, por lo tanto, una interpretación forzada aquella que pretende que el concepto de funcionario público al que se refiere el magistrado disidente en el voto particular únicamente incluya a aquellos que poseen cierta capacidad de coerción. En realidad, el argumento termina siendo contradictorio, puesto que acaba resolviendo que únicamente están bajo el amparo del art. 550 las autoridades públicas y sus agentes, eliminando al tercero de los sujetos enumerados en la disposición.

Y, sin embargo, sí que compartimos, de *lege ferenda*, su crítica a la excesiva reacción penal derivada de lo que entendemos como una posible imprevisión del legislador, o una derivación perversa de una cuestión meramente sistemática. Hacemos nuestro, en este caso, sobre todo por sus consecuencias sociales, el posicionamiento de la SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008, según el cual resulta complicado entender que la agresión a un médico o enfermero, independientemente de su gravedad, resulte típica dentro de un Título del Código Penal en el que también están incardinados la sedición, la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y los delitos de terrorismo. Lo cual, es cierto, hace que nos preguntemos si realmente el legislador pensaba en los supuestos a los que venimos refiriéndonos, al introducir el concepto de funcionario público en el art. 550.

#### **4. Necesidad de protección del colectivo médico y resolución de las contradicciones jurídicas de la cuestión**

Uno de las propuestas de este trabajo es demostrar que no es una cuestión pacífica que en el delito de atentado se proteja exactamente a todos los representantes de la función pública, y que por lo tanto existe la posibilidad de un defecto en la reacción penal, en aquellos casos en los que se delimite excesivamente el ámbito de protección de la norma. Puesto que el estudio realizado se basa principalmente en las agresiones a los sanitarios, debemos destacar en este sentido que la necesidad de regulación específica viene dada por nuestra estimación de que ese sector de la función pública en concreto sí que es digno de amparo penal.

Es consecuente, además, que, al igual que lo sucedido en el caso de la regulación penal específica que ha recibido la denominada violencia de género, esta cuestión responde también al impulso político de buscar una solución a un problema social creciente, tanto en número de casos como en conciencia de su realidad.

Es imperativo, por tanto, fijarse en las estadísticas de agresiones a médicos y personal sanitario<sup>110</sup> y la estimación de la existencia de una necesidad normativa: un precepto que resuelva las contradicciones interpretativas anteriormente mencionadas e introduzca una respuesta penal precisa al problema tratado y que acabe con la desprotección del colectivo médico ante una situación cada vez más frecuente. Al mismo tiempo, hay que poner en cuarentena cualquier punición que pueda considerarse desproporcionada o excesiva (de acuerdo a la legislación vigente como interpreta el Tribunal Supremo, según *ut supra*).

#### **V. PROPUESTAS PARA EL LEGISLADOR.**

Según ha quedado patente el “*fenómeno de las agresiones*” es de la suficiente envergadura, proporcionalidad y magnitud, como para concretar una intervención legislativa. Ésta deberá seguir respaldada por los Colegios de Médicos y Enfermeros como encargados de promocionar su PROFESIONALISMO, la normativa y Planes de Prevención de Riesgos; y complementada por, tal vez, un régimen de infracciones y sanciones que diseñen las Administraciones Sanitarias y, por supuesto, por una la reforma procesal. Ello en atención al problema multifactorial y pluridisciplinar que hemos comprobado que existe.

Por fin, y puesto que no puede discutirse una Ley en un solo día, y quienes esto suscriben no desean incurrir en arrogancia, creemos que sí deben ser tomadas en cuenta unas sucintas orientaciones, en base a este trabajo. Nuestras sugerencias son:

- a) Las agresiones a médicos y enfermeros y demás personal sanitario tienden a dificultar la consecución de fines de interés público (que, no olvidemos, están constitucionalmente amparados), en tanto que bajan la calidad de los servicios, merman la profesionalidad del personal empleado en tal fin y, en definitiva, impiden que la

---

<sup>110</sup> *Volvemos a insistir en el estudio realizado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Op. Cit.*

prestación sanitaria se desenvuelva con la eficacia requerida.

b) La labor desempeñada específicamente por médicos y enfermeros, debe de ser susceptible de protección penal específica, en tanto que el bien jurídico a proteger trasciende el interés individual de estos profesionales.

c) La única regulación que permite actualmente la punición de ese bien jurídico protegido que excede de la mera protección personal es el delito de atentado.

d) La calificación como Atentado de las agresiones a médicos y enfermeros plantea los siguientes problemas:

- Supone una reacción penal excesiva, en atención a las concepciones más estrictas de lo que debemos entender como orden público, lo cual hace que jueces y magistrados se muestren en ocasiones reticentes a aplicar el tipo delictivo correspondiente, dejando sin castigo la agresión al bien jurídico del que hablamos.
- Tiene como consecuencia la distinta protección que, a efectos penales, se da a los profesionales del sector público y a los del sector privado, cuando en realidad podemos admitir que los fines prácticos que satisfacen ambas actividades son idénticos.
- Tal calificación exige una interpretación forzada del concepto de orden público.
- Esa extensión del concepto implica la necesidad de ampliar correlativamente el ámbito de los posibles sujetos pasivos, hecho que, llevado a un extremo, dejaría vacío de con-

tenido el tipo delictivo: porque entrarían TODOS los funcionarios, desde el personal administrativo, hasta los conserjes y bedeles, a quienes también se agrede, y al final el Delito se vaciaría de contenido.

- Además, la aparente ambigüedad del art. 550 permite que existan sentencias tan contradictorias como las aquí expuestas, y que fluctúan entre considerar al médico o enfermero como autoridad, y la percepción de que ni siquiera tienen carácter de funcionarios públicos.

e) Por lo tanto, partiendo de la idea de que existe un bien jurídico a proteger, y de la inconveniencia de que éste se proteja bajo la rúbrica actual, debería legislarse autónomamente y tomar carta de naturaleza.

Las posibilidades que se presentan cuando nos enfrentamos al estudio de esta reforma son varias: la previsión de un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo de cada una de las conductas atentatorias (homicidio, lesiones, amenazas e injurias); la introducción de una circunstancia agravante genérica expresamente dirigida a la protección de la función pública en sentido amplio en los delitos contra las personas; la formulación de un tipo específico, dentro de los delitos contra el orden público, alejado de la regulación actual en el sentido indicado, etc.

Lo esencial, tras lo expuesto, es garantizar que el Código Penal contemple una protección específica del bien jurídico que hemos analizado, y que no se permita ni que -merced a la normativa existente- las agresiones a estos valores queden impunes, ni que existan dudas, tanto jurisprudenciales como sociales, sobre la proporción de la reacción penal ante las agresiones al personal sanitario, que pueden salir caras a la seguridad jurídica.



# NUEVOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

*Asaf Grauer Rodoy*  
Abogado, Doctorando en Derecho  
Universidad de Valencia

La entrada en vigor de la Ley 14/2007 de investigación biomédica el pasado mes de julio parecía venir a llenar un gran vacío legislativo en cuanto a la regulación de los usos científicos de muestras humanas, en cuanto por primera vez en el estado español se promulgaba una normativa rectora de los biobancos.

Son muchos y muy diversas las dudas que se suscitaban en relación a esta cuestión mucho antes de la entrada en vigor de la norma. Los operadores jurídicos no tenían ningún texto referencial donde se establecieran cuáles habían de ser los criterios que posibilitasen el establecimiento de una infraestructura de almacenamiento de muestras humanas, qué tipo de consentimientos se debían recabar del sujeto, cuáles eran las finalidades para las cuales podía usarse la muestra y cuáles eran los periodos de conservación, entre otras muchas cuestiones.

Todas estas preguntas, no siendo nueva en sí misma ninguna de ellas en el plano de las relaciones jurídico-coindividuales médico-paciente a la vista de principios tan asentados como el de consentimiento informado, autodeterminación informativa y transparencia facultativa, sí que provocan, en cambio, una situación de perplejidad máxima en el operador jurídico al ser predicadas en un contexto biobancario, ya que destilan interro-

gantes de un alcance más amplio que el que parecería estarse formulando en un primer momento: los donantes pertenecientes a colectivos étnicos o raciales deben contar con el asentimiento de su grupo poblacional de pertenencia antes de dar la muestra, debido al miedo racional de que el descubrimiento de características biológicas compartidas pueda causar estigmatizaciones de cualquier tipo? Cómo respetar el *derecho a no saber* de otros familiares, en aquellos casos de enfermedades degenerativas que no tienen en el presente tratamiento terapéutico cuando el conocimiento de la predisposición solamente generaría un sufrimiento anticipado e innecesario?

Mayores interrogantes han surgido también en relación con el destino que habría de darse a las posibles ganancias económicas que derivasen del resultado de la investigación biomédica llevada a cabo sobre las muestras. Esta última cuestión de *benefit sharing* suscitada por primera vez en el caso Greenberg contra Hospital Infantil de Miami resuelto por la Corte del Primer Circuito de Florida el año 2003 puso de manifiesto una problemática jurídica especialmente peliaguda, habida cuenta de que tradicionalmente una gran parte de las donaciones de tejidos viene teniendo una motivación esencialmente filantrópica: los afectados

por enfermedades poco frecuentes, ven en la biomedicina la única alternativa para la investigación de soluciones terapéuticas o diagnósticas y tradicionalmente vienen haciendo donaciones de muestras desinteresadamente con el solo objetivo que se investigue sobre ellas, al objeto de elevar las probabilidades de que la ciencia halle terapias adecuadas para sus afecciones.

En el antes mencionado caso *Greenberg vs. Miami Children's Hospital*, el señor Greenberg, padre de dos niños portadores del síndrome de Canavan, una enfermedad degenerativa congénita muy poco frecuente sin terapia conocida, había recabado gracias a su fundación, fondos económicos de familias afectadas por valor de varios millones de dólares para promover la investigación en medios prenatales que favoreciesen la planificación familiar minimizando los casos de la enfermedad gracias al conocimiento de los genes que determinan su propensión en el estado embrionario, y organizó también donaciones múltiples de tejidos de niños estadounidenses ya afectados por el síndrome, con los cuales dotó al biobanco gestionado por el Dr. Matalon, del centro de estudio de enfermedades congénitas de la Universidad de Illinois. El Dr. Matalon aisló el gen responsable, y sin informar ni pedir permiso previo a los familiares patentó a sus espaldas un test de diagnóstico para futuros progenitores, con cuya explotación empezó a cobrar un canon a todas aquellas clínicas que lo usaran.

Los padres organizados en torno a la fundación del Sr. Greenberg se sienten absolutamente traicionados en su cometido: su movilización en términos de donación de tejidos y fondos económicos había venido siendo esencialmente altruista, y en pro de la ciencia en abstracto como un beneficio para el avance colectivo de la humanidad, destinada a que a través del conocimiento y prediagnóstico se evitaran nuevos casos de la enfermedad, mientras que, al mismo tiempo, observan un lucro económico privativo por parte del Dr. Matalon y el centro de investigación de Illinois a quien habían dotado sin recibir nada a cambio con las muestras, y reclaman judicialmente un porcentaje de los ingresos que se obtenían gracias a la explotación de la patente, alegando

enriquecimiento injusto y violación del consentimiento informado respecto de los usos a que debía aplicarse la muestra, en la medida que ésta estaba siendo destinada para usos y finalidades que no habían sido previamente autorizados y consentidos por los donantes.

El argumento de la demanda venía a establecer, pues, que el destino de la muestra por parte del Dr. Matalon a una finalidad no dada previamente a conocer y asentir libremente al afectado como lo era sin duda el hecho de utilizar las secuencias extraídas para obtener una patente, equivalía a una lesión ilegítima por extralimitación al derecho de propiedad inmaterial de los sujetos-fuente sobre su muestra, en tanto que expresión génica única e irrepetible de cada uno de ellos.

No obstante todo lo anterior, la sentencia del tribunal del primer circuito de Florida [264 F. Supp. 2d 1064 (S.D. Fla. 2003)] concluyó que la violación de la autodeterminación informativa sobre las muestras no hacía participar automáticamente de los beneficios obtenidos de la patente, pues el único que resulta legitimado a percibir los frutos de ésta es el inventor, y el estatuto jurídico que resulta de ser persona fuente del material biológico empleado en la investigación no hace participar del acto inventivo; (por analogía de lo resuelto en el celebre caso Moore de 1990, con expresa cita del mismo en el fundamento jurídico primero de la sentencia).

A la vista de los anteriores problemas, propuestas muy diversas y sugerentes han surgido de la perspectiva teórica o prelegislativa, para elaborar la construcción jurídicotécnica de los biobancos. Como más importante, y desde la escuela de pensamiento del Derecho privado, el Prof. TAUPITZ<sup>1</sup> en Alemania, ha propugnado el basamento de su sistema en la teoría de la separación. Este marco conceptual, erigido eminentemente con vista de problemas de Benefit Sharing suscitados en casos como el de *Greenberg vs. Miami Children's*

---

<sup>1</sup> Taupitz J 2002: *Einrichtung einer zentralen Registrierungs-, Beratungs- und Prüfstelle für fortpflanzungsmedizinische und biologische Fragen der Dokumentation, Information und Steuerung, Reproduktionsmedizin 18 (2002), pp. 206*

Hospital, pretende aportar soluciones ecuanímes por vía de emplear los esquemas ónticos del Derecho Privado. Bajo esta construcción, propugna el Prof. TAUPITZ, toda extracción clínica de una muestra o un tejido, da lugar desde el mismo momento de su separación del cuerpo humano al nacimiento de un bien mueble del que el sujeto-fuente deviene ipsofactamente propietario, por accesión inversa.

Constituido en propietario de la muestra desde el mismo momento de su separación del cuerpo humano, su derecho de propiedad sobre la cosa le legitima a dejarla en depósito en una institución, tal y como vendría a serlo, pues, un biobanco, y las finalidades para las que la muestra podrá ser legítimamente utilizada serán *solamente* aquellas para las cuales el donante haya conocido y asentido expresamente en el momento del depósito, y toda extralimitación en cuanto a éstas generaría un perjuicio compensable, de la misma manera que ocurre en el contrato civil de depósito cuando el depositario custodia la cosa de forma diferente a la convenida con el depositante.

En este sentido la teoría de la separación en el enjuiciamiento de casos como los planteados en *Greenberg vs. Miami Children's Hospital*, vendría a dar resultados satisfactorios a los afectados, en términos económicos, pues equiparados los donantes en depositantes puros de objetos civiles en custodia, toda extralimitación en la forma primigeniamente convenida de conservación origina un incumplimiento contractual, que en este caso, atendidas las especiales características del negocio, sería calificable como esencial, y con base en este incumplimiento pueden legítimamente reclamar judicialmente las familias una compensación económica del titular de la instalación.

Trasladado todo ello nuevamente al caso *Greenberg*, veríamos sobre la base de estas premisas que la muestra dejada en depósito fue tácitamente sometida a un estatuto meramente científico y altruista. Es decir, situándonos en el momento en que los familiares realizan el depósito, éstos son solo informados y por tanto sólo han podido consentir de forma libre y consciente para el sometimiento de la muestra a finalidades inves-

tigativas. La obtención de patente a partir de dichas líneas génicas supone por definición un uso y finalidad diferentes de los anteriores, y por tanto, al no haber sido previamente consentida por cada donante estaríamos ante una extralimitación en la forma convenida de depósito.

En definitiva, la construcción jurídica del biobanco no se diferenciaría en nada de la del depósito civil, con excepción hecha a las salvedades que derivasen del reconocimiento de facultades especiales de control bioético a las administraciones de vigilancia sanitaria competentes.

El propio TAUPITZ reconoce, sin embargo, las deficiencias de la teoría al admitir que el "objeto" que se está cediendo en depósito no es un objeto "normal", como el resto de objetos de derecho y de ahí lo poco agraciado de considerarlo bajo la simple óptica del depósito civil. Las muestras biológicas humanas sólo guardan un parecido remoto con los bienes muebles en tanto en cuanto tienen una existencia física propia y pueden ser almacenadas, pero por todo lo demás su naturaleza se compadece tan poco con el resto de bienes del tráfico jurídico que su equiparación con los bienes muebles a efectos de concebir su depósito en un biobanco resulta desafortunada.

Prescindiendo por un momento del fenómeno jurídico y descendiendo a la realidad de los hechos, todo aquél que tomara una rápida vista de pájaro sobre cualquier instalación biomédica del hospital de una nación moderna se apercibiría inmediatamente de lo poco afortunado de un símil con el depósito de cosa en sede civil, para concebir la existencia de la muestra en el seno de la institución. Para sintetizar moléculas deben aislarse continuamente líneas celulares y combinar nuevas secuencias unas con otras. Un genofármaco puede estar en último término conformado por material aislado proveniente de multitud de donantes. ¿Cómo articular en este caso las facultades de revocación del objeto que asisten al propietario de la cosa, cuando de la muestra ya han sido aisladas secuencias que han podido distribuirse, modificarse y sintetizarse a su vez con las de tantos otros donantes más?

Ello nos lleva a recordar que la naturaleza *sui generis* del material biológico humano nunca ha pasado inadvertida a los juristas. Por mucho que se recolecten ya separados del cuerpo humano, los materiales biológicos de procedencia humana, aunque consten de corporeidad y algunos tengan incluso posibilidad de aprovechamiento de forma autónoma en la medida en que conformen unidades susceptibles de trasplante, no pueden automáticamente recibir el mismo tratamiento por el Ordenamiento Jurídico que el resto de objetos de propiedad.

En tanto que portadores de nuestra expresión génica, se les ha propugnado frecuentemente por el contrario, la extensión del régimen jurídico de la protección de datos personales contenido en la Ley Orgánica 15/1999, con los consecuentes derechos de autodeterminación informativa para decidir en todo momento qué operaciones técnicas tolera el sujeto que se lleven a cabo sobre la muestra.

Bajo esta concepción se dice que la muestra, tanto en su esfera física como lógica pueden ser considerados como un conjunto de datos relativos a una persona identificada o identificable, que es precisamente aquello que la Legislación sobre protección de datos de carácter personal toma como criterio de aplicación de su régimen. En la medida que un mapa génico revelará de forma necesaria, además, las características morfológicas, corporales, metabólicas y funcionales del individuo, estaremos delante de datos concernientes a la salud de la persona. El propio artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 califica expresamente en su apartado tercero los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual como *Datos especialmente protegidos*, a los que deberá aplicarse el Nivel Alto de medidas de seguridad establecidas en los arts. 101 y ss. del Reglamento 1270/2007, de desarrollo de la LOPD.

El propio TAUPITZ reconoce de nuevo las inconsistencias en la teoría de la separación cuando viene a admitir que la implementación del derecho e la revocación de la muestra en un biobanco ha de quedar necesariamente modulada en cuanto la muestra haya sido ya

sometida a alguna finalidad investigativa: según la estricta literalidad de la teoría de la separación todo confinamiento de una muestra en un biobanco legitimaría al mismo tiempo al titular de la misma para que la retirara libremente en cualquier momento posterior, así como para restringir total o parcialmente de forma sobrevinida el alcance de investigación a la que fue sometida con el consentimiento primigenio del titular, tal y como ocurre en el contrato de depósito civil; cuando lo cierto es que, muy otramente, vista la existencia que tienen las muestras biológicas en un biobanco una vez se deriva de ellas líneas celulares que tienen ciclos reproductivos propios y las cuales se combinan con otras para sintetizar nuevas secuencias; de permitir estas revocaciones sobrevenidas se frustraría la total utilidad técnica de grandes proyectos colectivos, y así pues, propone el prof. TAUPITZ establecer un medio de salvaguarda para el titular del biobanco que llama el de “la incorporación de la muestra a resultados más amplios de la investigación”, por virtud del cual el titular de los datos perdería el derecho de ejercer una revocación sobrevenida al confinamiento de la muestra en el biobanco siempre y cuando en el transcurso de la investigación su material genético haya sido ya incorporado a un resultado más amplio, prototípicamente, un genofármaco o un reactivo de diagnóstico génico para una determinada afección.

La teoría de la separación no da respuesta a que deba entenderse exactamente por una “incorporación a resultados más amplios de la investigación”, si estos han de ser ya un método farmacogenético acabado, o bien, un simple estadio próximo a la obtención de conclusiones científicas; y lo que es más importante, vincula los derechos de autodeterminación a un concepto de extemporaneidad más que no al contenido intrínseco de los derechos de la personalidad del individuo, lo cual no parece un razonamiento dogmáticamente correcto.

Una vez disponiendo ya de un texto de referencia tan anhelado como la Ley 14/2007 de 3 de julio de Investigación Biomédica, y habilitada en principio ya, pues, la entrada en juego del análisis positivo de la cuestión, vemos, sin embargo, que con la promulgación

de la ley no se han entrado a regular ninguno de los verdaderos problemas dogmáticos suscitados en relación con la existencia de los biobancos.

Los artículos 63 a 71 de la Ley se dedican, esencialmente al establecimiento de requisitos ministeriales de apertura, y permisos administrativos, en el sentido clásico de administración de policía o de autorización previa, y el artículo 5, inserto dentro de las disposiciones de carácter general de la norma hace una vaga referencia a la aplicación de los principios de la normativa sobre protección de datos personales a todo lo concerniente al ámbito biomédico.

Debe advertirse que el punto de partida legislativo es erróneo desde un principio. Operar una regulación del fenómeno biobancario bajo el prisma de la administración de policía o de autorización previa es claramente impropio, pues en realidad desde el plano material, los biorepositorios hace ya décadas que existen como tales, ya sea en la forma de piscinas de formol o en muestrarios de biopsia en hospitales y laboratorios; y el hecho diferencial que califica que un mismo substrato material sea un biorepositorio o un biobanco son los usos y las tecnologías que se les aplique. Y precisamente el dibujo del ámbito de actuaciones técnicas permitidas, y los principios rectores de esta actividad es lo que más huérfano de regulación deja la propia Ley 14/2007.

Precisamente lo que la ley ha dejado más huérfano de regulación es un cuerpo dogmático que explique de forma satisfactoria la realidad jurídica y los usos de los biobancos en una sociedad moderna, Como se ha visto, la teoría de la separación nacida primordialmente para dar respuesta a problemas de Benefit Sharing, y basada en los esquemas ónticos del derecho privado no resulta suficiente para este fin. Limitar o concentrar la construcción jurídica del biobanco sobre la base del fenómeno de la propiedad primigenia sobre la muestra como bien mueble parece encauzar correctamente, en un primer momento, problemas de Benefit Sharing, del tipo que se han suscitado en casos como el de *Greenberg vs. Miami Children's Hospital*, en la medida que todo uso no previamente consentido por el titular ope-

rado por el titular del biobanco sobre la muestra daba lugar a un acto indemnizable. Pero en seguida las vías de agua y las contradicciones internas hacen decaer su propósito teórico. Es digno de hacer notar, que su reconducción a baremos de extemporaneidad para el ejercicio de derechos de revocación, a la vez que introduce un elemento ajeno al propio derecho de propiedad que utiliza como criterio, es solo un claro ejemplo más de que la arquitectura jurídica utilizada es errónea desde un buen principio y parte de un postulado incorrecto, y que por ello le es necesario constantemente aplicar parches de corrección a los axiomas principales, no permitiendo, pues, extrapolar soluciones correctas a nuevos casos conflictivos que se produzcan en el futuro.

No ha de sorprender que este sea el resultado, pues en último término, la teoría de la separación se fundamenta primordialmente en la dimensión física de la muestra biológica, cuando en un contexto científico y biobancario, esta es precisamente la esfera menos relevante de las formas de existencia que adquieren las muestras sometidas a investigación biomédica, ya que pueden derivarse de ellas líneas celulares que pueden ser segmentadas y yuxtapuestas ad infinitum con material de otros donantes para formar secuencias con utilidad farmacogenómica o genodiagnóstica. No es extraño, pues, que la aplicación a este ámbito de los esquemas teóricos diseñados en época preindustrial para concebir formas jurídicas de aprovechamiento sobre los bienes muebles, como lo sería el derecho de propiedad sobre la muestra, arrastre contradicciones inevitables.

Por otro lado, desde el ámbito iuspublicista, los patrones que ofrece el ordenamiento positivo resultan, simplemente, insuficientes. El criterio legislativo propone una concepción de la actividad biomédica a imagen del resto de actividades sometidas a autorización previa, pero se limita a regular los trámites de obtención del permiso de obertura, e inscripción para los biobancos de nueva creación, a la vez que calla sobre aspectos tales como:

1) VARIACIONES DEFINICIONALES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: qué tipo de con-

sentimiento informados deberán ser recabados para la recogida de muestras, teniendo en cuenta que los individuos pertenecientes a ciertos colectivos étnicos o grupales pueden abrigar riesgos razonables de sufrir estigmatizaciones sociales consecuencia del descubrimiento de características génicas compartidas. Plantean los biobancos, pues, un fenómeno de comunitarización del consentimiento?

2) INCERTEZA TECNOLÓGICA EN EL MOMENTO DE DEPÓSITO. DONANTES DIFUNTOS. Muy frecuentemente en el momento de recolección de la muestra, el equipo de investigación desconoce cuáles serán exactamente las operaciones técnicas a que deberá someterse ésta para la consecución del proyecto; y es incluso posible que el propio curso de la tecnología abra posibilidades novedosas de screening de la muestra que ni tan siquiera existían en el momento en que ésta se obtuvo: ¿debe obtenerse nuevo consentimiento específico para estas operaciones? ¿Cómo se procederá en el caso de donantes ya muertos en el momento de necesitar este consentimiento posterior?

3) NUEVAS MODALIDADES AD-HOC DE OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO? ¿Sería válida, pues la obtención de un consentimiento informado que legitime ab initio para practicar las operaciones inciertas e indeterminadas que devinieran necesarias para el proyecto de acuerdo con las necesidades de la técnica vigentes en cada momento? ¿Cómo seguir manteniendo que el consentimiento así obtenido sigue siendo *informado* realmente?

4) REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: ¿Cómo articular fórmulas que posibiliten la cancelación de la muestra<sup>2</sup>?

5) REPERCUSIONES COLATERALES AL DERECHO A NO SABER: ¿Cómo pueden afectar las posibilidades de screening de enfermedades congénitas o familiares del paciente a quien asista el *derecho a no*

*saber*, cuando el conocimiento de la propensión a una afección sin terapia conocida solamente provocaría una angustia y sufrimiento anticipados e innecesarios?

6) RESULTA NECESARIO REFORMULAR EL SECRETO MÉDICO Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS? El descubrimiento de características génicas en un individuo que pueden ayudar a tratar a otros familiares de su parentesco ¿ha de serles comunicado a aquéllos?

7) DONACIONES COERCIBLES. ¿Pueden existir casos en que la necesidad vital de un paciente a tener muestras de familiares para llevar a cabo una comparación génica imponga un deber jurídico de cooperar sobre éstos? Por supuesto

8) BENEFIT SHARING. ¿Cómo debe articularse entre los sujetos-fuentes de la muestra y el titular del biobanco la obtención de beneficios económicos resultantes de la investigación? ¿Cómo el sistema legal de patentes debería conjugar lo anterior?

9) CURSO DE LA INVESTIGACIÓN: ¿qué prioridades científicas debe respetar un biobanco? ¿La donación de muestras provenientes de pacientes afectados por enfermedades poco frecuentes pueden vincular la orientación científica del biobanco? ¿Qué ocurre si en un biobanco formado a partir de la organización de familiares de pacientes afectados por enfermedades raras genera en cambio como resultado una terapia génica o un fármaco indicado para una enfermedad común?

Será de nuevo, como en tantas otras ocasiones, la Doctrina quien habrá de elaborar el cuerpo teórico que la Ley no ha proporcionado.

---

<sup>2</sup> Helgeson G / Johnsson L 2005: *The right to withdraw consent to research on biobank samples*, in: *Medicine Health Care and Philosophy* 8 (2005), 315-321

---

<sup>3</sup> Harris J 2005: *Scientific research is a moral duty*, in: *J Med Eth* 31 (2005), 242-248