

Marc legal: lleis principals del sistema sanitari

Dolors Colom Masfret
Josep Corbella Duch

PID_00206214

Índex

Introducció.....	5
1. Marc legal: Llei general de sanitat. Desplegament de les lleis autonòmiques. Diferències i similituds principals.....	7
1.1. Revisió del text del marc legal	8
1.1.1. Material de treball consultat per a elaborar l'anàlisi de la presència del treball social sanitari	8
1.1.2. Breu anàlisi de l'àmbit autonòmic segons la Llei de sanitat i les referències, explícites o implícites al treball social sanitari	18
1.2. Reflexió final	20
2. Aspectes generals del dret sanitari internacional i estatal.....	21
2.1. Dret sanitari	21
2.1.1. Normes internacionals	21
2.1.2. Dret sanitari internacional	23
2.2. El dret sanitari estatal (espanyol)	30
2.3. Tractament constitucional del dret a la protecció de la salut	33
2.3.1. Desplegament legislatiu en matèria sanitària	35
3. Protecció de la informació disponible en el servei de treball social sanitari.....	40
3.1. Plantejament general	40
3.1.1. La intimitat personal	40
3.1.2. La confidencialitat	42
3.1.3. La dada personal	43
3.1.4. La Llei de protecció de dades de caràcter personal	43
3.2. La informació dels serveis de treball social sanitari	46
3.2.1. La història social com a part de la història clínica	47
3.2.2. Les dades personals de caràcter sociosanitari	48
3.2.3. Mesures de protecció de la intimitat / responsabilitats	49
4. El consentiment del pacient a l'activitat mèdica.....	50
4.1. Consideració general: el consentiment del pacient	50
4.2. Aproximació conceptual	52
4.2.1. Capacitat per a consentir	52
4.2.2. Forma de consentiment	52
4.2.3. Límits al consentiment (es pot actuar sense consentiment)	53
4.3. Requisits	53

4.3.1.	Moment d'emissió	53
4.3.2.	Capacitat de consentir	53
4.3.3.	Forma	55
4.3.4.	Límits	55
4.4.	Les instruccions prèvies (voluntats anticipades)	56
4.5.	La informació assistencial	59
4.5.1.	Contingut	59
4.5.2.	Forma	59
4.5.3.	Àmbit subjectiu	59
4.5.4.	Límits	60
4.6.	Jurisprudència	65
4.7.	Excurs	68
Bibliografia		69

Introducció

La major part de la intervenció del professional en general, i la dels treballadors socials sanitaris en particular, està regulada pel dret. Però, a més, com passa amb totes les professions regulades, els treballadors socials han de subjectar la seva actuació a les normes pròpies que delimiten la competència de la professió, i si duen a terme la seva activitat en l'àmbit sanitari, també es troben directament afectats per les normes que conformen les relacions jurídiques sanitàries i el contingut de les prestacions, i també les que organitzen un sector de serveis tan important.

Per això, aquest mòdul vol exposar, de manera sistematitzada, les diferents normes jurídiques que configuren el marc legal de la sanitat, partint de l'àmplia visió que ens n'ofereixen els convenis i tractats internacionals, fins a arribar a les normes de dret intern.

1. Marc legal: Llei general de sanitat. Desplegament de les lleis autonòmiques. Diferències i similituds principals

En aquesta part prenem el marc legal com l'aspecte que organitza l'exercici de l'activitat professional i que, en última instància, permet tenir una presència o una altra, una consideració i participació o una altra, una activitat o una altra, dins de les institucions, en els seus establiments i en definitiva dins del teixit social i professional.

Repassarem les normes sanitàries per veure el paper que atribueixen al treballador social sanitari i així conèixer les nostres possibilitats legals d'actuació, perquè cada vegada més trobem que ens diuen que no a una cosa perquè simplement no la recull el marc legal. I és cert. Nombrosos càrrecs responsables de la sanitat estatal i autonòmica, responsables d'establiments sanitaris acudeixen a la falta de representativitat del treball social sanitari en els òrgans de decisió institucional, no solament amb veu sinó també amb vot, a aquest gairebé no ser en marc legal.

Què diu la normativa? El primer que constatem és que en la normativa amb prou feines apareix el treballador social sanitari esmentat com a tal; només hi ha breus referències, però sense gaires detalls. Per tant, a continuació analitzarem el marc legal que ens regula dins del sistema sanitari per a avaluar les nostres pròpies actuacions des del treball social sanitari i veure si complim o no amb els requisits. Amb algunes de les normes més importants, veurem com hem d'organitzar el treball perquè, quan sigui possible, puguem presentar-lo complint amb la normativa. Encara que avui dia no estiguem reconeguts en marc legal com hi estan altres professionals de l'àmbit sanitari, sí som capaços de complir amb els requisits i condicionants que aquest imposa en termes generals, i el reconeixement esperat i desitjat, també meregut i justificat pels propis fets, arribarà de manera natural.

Aquest màster, en si mateix, és un primer pas, ja que la formació especialitzada, per exemple, és un dels requisits per al reconeixement com a professió sanitària. Sempre aplicant les lleis vigents podrem guanyar presència en la normativa.

On i en quins termes apareix el treball social sanitari en els diferents documents oficials, estatals i autonòmics? Planificarem la reorganització del servei de treball social sanitari perquè aconseguim, entre tots, restaurar normativament allò que la presència, les responsabilitats i les intervencions actuals dels treballadors socials sanitaris exigeixen.

Part d'aquest text es basa en el treball de recerca de la normativa vigent dut a terme per a la Sessió Intercol·legial de Sanitat, organitzada pel Consell General de Diplomats en Treball Social i celebrada l'1 de març de 2008, i en l'article posterior "El trabajo social sanitario: presencias y ausencias en el marco legal estatal y autonómico. Argumentos y propuestas para una estrategia orientada a poner de relieve la realidad".

Per tant, aquesta última part persegueix la reflexió i avaluació respecte a l'organització dels nostres serveis de treball social sanitari seguint les normes legals. Busca promoure la recerca estudiant els resultats i els beneficis terapèutics que aporta la disciplina del treball social sanitari, la qual cosa, per exemple, és un requisit que marca la Llei de cohesió i qualitat del sistema sanitari per a ser reconeguda en la cartera de serveis.

Justifica els arguments anteriors la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, 00028/2007, que entre altres observacions posa en relleu la importància del reconeixement dins del marc legal com a referent per a la societat. Així, diu el següent:

"L'al·lusió al codi deontològic de la professió del treball social, aprovat per l'Assemblea General de Diplomats en Treball Social, si bé ja refereix unes funcions pròpies d'aquests professionals, manca, com és obvi, del valor normatiu necessari fora de l'àmbit purament intern del mateix col·legi professional".

Disponible en l'espai de recursos de l'aula.

1.1. Revisió del text del marc legal

1.1.1. Material de treball consultat per a elaborar l'anàlisi de la presència del treball social sanitari

Ens hem centrat en el contingut de les diferents lleis i reials decrets que conformen la legislació sanitària d'àmbit estatal i autonòmic. A continuació detallem els textos analitzats. Aquest és un simple exercici d'introspecció.

Documentació analitzada d'àmbit estatal

- Constitució espanyola (1978).
- Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat (1986).
- Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (2002).
- Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut (2003).

Referència bibliogràfica

D. Colom Masfret (2008). "El trabajo social sanitario: presencias y ausencias en el marco legal estatal y autonómico. Argumentos y propuestas para una estrategia orientada a poner de relieve la realidad". *Revista de Servicios Sociales y Política Social* (núm. 80). Consejo General de Colegios de Diplomados en Trabajo Social. Disponible en l'espai de recursos de l'aula.

- Reial decret 1030/2006, de 15 de setembre, pel qual s'estableix la cartera de serveis comuns del Sistema Nacional de Salut i el procediment per a la seva actualització (2006).
- Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries (2003).
- Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per a garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i seguretat de les seves prestacions (modifica tant la Llei de cohesió com la d'ordenació de les professions sanitàries).

Relació de documents¹ electrònics en format PDF disponibles per a consultar

⁽¹⁾Disponibles en l'espai de recursos de l'aula.

- Andalusia: Llei 2/1998, de 15 de juny, de salut d'Andalusia (1998).
- Andalusia: Ordre, de 7 de juny de 2002, per la qual s'actualitza el mapa d'atenció primària de salut d'Andalusia (2002).
- Aragó: Llei 6/2002, de 15 d'abril, de salut d'Aragó (2002).
- Astúries: Llei 1/1992, de 2 de juliol, del servei de salut del Principat d'Astúries (1992).
- Canàries: Llei 11/1994, de 26 de juliol, d'ordenació sanitària de Canàries (1994).
- Cantàbria: Llei 7/2002, de 10 de desembre, d'ordenació sanitària de Cantàbria (2002).
- Castella i Lleó: Llei 8/2010, de 30 d'agost, d'ordenació del sistema de salut de Castella i Lleó.
- Castella - la Manxa: Llei 8/2000, de 30 de novembre, d'ordenació sanitària de Castella - la Manxa (2000).
- Catalunya: Llei 15/1990, de 9 de juliol, d'ordenació sanitària de Catalunya (1990).
- Comunitat Valenciana: Llei 3/2003, de 6 de febrer, d'ordenació sanitària de la Comunitat Valenciana (2003).
- Comunitat de Madrid: Llei 12/2001, de 21 de desembre, d'ordenació sanitària (2001).
- Extremadura: Llei 10/2001, de 28 de juny, de salut d'Extremadura (2001).
- Galícia: Llei 8/2008, de 10 de juliol, de salut de Galícia (2008).
- Illes Balears: Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears (2003).
- La Rioja: Llei 2/2002, de 17 d'abril, de salut de la Rioja (2002).
- Navarra: Llei foral 10/1990, de 23 de novembre, de salut (1990).
- País Basc: Llei 8/1997, de 26 de juny, d'ordenació sanitària del País Basc (1997).
- Regió de Múrcia: Llei 4/1994, de 26 de juliol, de salut de la Regió de Múrcia (1994).
- Ceuta: Decret de la Presidència de la ciutat de 31 de juliol de 2001 (2001).

- Melilla: Reial decret 1515/2005, de 16 de desembre, sobre traspassos en matèria de sanitat (2005).

Constitució espanyola de 27 de desembre de 1978

La Constitució espanyola sustenta tota la normativa derivada en l'Estat i, en un punt o un altre, tots els documents legals s'hi refereixen:

- En l'article 43 de la Constitució, "es reconeix el dret a la protecció de la salut". Recordem que el 1978 l'Organització Mundial de la Salut, en la Declaració d'Alma-Ata, defineix la salut com un estat complet de benestar físic, mental i social, i no solament com l'absència d'afeccions i malalties. És un dret humà fonamental i l'assoliment del grau més alt possible de salut és un objectiu social summament important a tot el món, la realització del qual exigeix la intervenció de molts altres sectors socials i econòmics, a més del de la salut.
- L'article 50 de la Constitució esmenta expressament els serveis socials quan preveu la vellesa, eufemísticament anomenada *tercera edat*, dient que "els poders públics garantiran la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat, mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament. Amb independència de les obligacions familiars, en promouran el benestar mitjançant un sistema de serveis socials que atendran els problemes específics de salut, habitatge, cultura i lleure".

Alma-Ata

Conferència Internacional sobre l'atenció primària de salut, celebrada a Alma-Ata (a l'antiga Unió Soviètica), del 6 al 12 de setembre de 1978.

Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat

En enumerar els principis generals, en l'article 6, es refereix, indirectament, als serveis socials.

Títol primer: Del sistema de salut

Capítol primer: Dels principis generals

“Article 6. Les actuacions de les administracions públiques sanitàries estan orientades:

- 1) A la promoció de la salut.
- 2) A promoure l’interès individual, familiar i social per la salut mitjançant l’adequada educació sanitària de la població.
- 3) A garantir que totes les accions sanitàries que es duguin a terme estiguin dirigides a la prevenció de les malalties i no només a curar-les.
- 4) A garantir l’assistència sanitària en tots els casos de pèrdua de la salut.
- 5) A promoure les accions necessàries per a la rehabilitació funcional i reinserció social del pacient.

Article 7. Els serveis sanitaris, així com els administratius, econòmics i qualssevol altres que siguin necessaris per al funcionament del sistema de salut han d’adequar la seva organització i funcionament als principis d’eficàcia, celeritat, economia i flexibilitat.

Article 8.1. Es considera activitat fonamental del sistema sanitari la realització dels estudis epidemiològics necessaris per orientar amb la màxima eficàcia la prevenció dels riscos per a la salut, així com la planificació i l’avaluació sanitària, havent de tenir com a base un sistema organitzat d’informació sanitària, vigilància i acció epidemiològica.

[...]

Després, en contemplar separatament la salut mental, posa en un mateix nivell els serveis sanitaris i socials, i disposa:

Capítol tercer: De la salut mental

Article 20. Sobre la base de la plena integració [...] serveis sanitaris i socials, les administracions sanitàries competents adequaran la seva actuació als principis següents:

- 1) L’atenció als problemes de salut mental [...].
- 2) L’hospitalització dels pacients [...].
- 3) S’han de desenvolupar els serveis de rehabilitació i reinserció social necessaris per a una adequada atenció integral dels problemes del malalt mental, buscant la necessària coordinació amb els serveis socials.
- 4) Els serveis de salut mental i d’atenció psiquiàtrica del sistema sanitari general han de cobrir, així mateix, en coordinació amb els serveis socials, els aspectes de prevenció primària i l’atenció als problemes psicosocials que acompanyen la pèrdua de salut en general. ”

Hem d’assenyalar els termes *serveis de rehabilitació* i *reinserció social*. Veurem que tots dos estan presents en totes les normatives, tant estatals com autonòmiques. Hi trobarem matisos, però les referències a l’aspecte social apareixen sota aquest format i rarament s’inclou el terme *treball social*.

Assenyalem també la referència freqüent a l’“assistència integral”, que si bé interpretem que es refereix a la unió de l’aspecte social i del sanitari, és una interpretació particular que en cap cas no es detalla més. En el capítol primer, “De l’organització general del sistema sanitari públic”, es diu:

“b) L’organització adequada per prestar una atenció integral a la salut, comprensiva tant de la promoció de la salut i prevenció de la malaltia com de la curació i rehabilitació”.

Aportarem algunes reflexions sobre la Llei general de sanitat i el treball social sanitari.

Taula 1

Text de la llei	Comentari
<p>Títol primer: del sistema de salut Capítol primer: dels principis generals.</p> <p>Article 6. Les actuacions de les administracions públiques sanitàries han d'estar orientades: [...]</p> <p>[punt 5] a promoure les accions necessàries per a la rehabilitació funcional i la reinserció social del pacient.</p>	<p>En les primeres pàgines del text s'esmenta el concepte de <i>reinserció social</i>, que per la majoria dels professionals s'interpreta com una al·lusió clara a la intervenció des del "treball social". Més endavant es produeix el canvi.</p>
<p>Article 7. Els serveis sanitaris [...] han d'adequar la seva organització i funcionament als principis d'eficàcia, celeritat, economia i flexibilitat.</p> <p>Aquests principis són presos en gran part de la Llei 30/92, de 26 de novembre, de procediment administratiu (article 3.1.) i de l'article 103 de la Constitució.</p>	<p>Per la seva naturalesa, el treball social sanitari optimitza els serveis sanitaris i n'evita la utilització per raons no mèdiques.</p> <p>El treball social sanitari, a tall d'exemple i liderant el protocol del programa de planificació de l'alta sanitària, redueix els temps d'espera en la gestió de la continuïtat assistencial, un dels objectius de la planificació de l'alta. Així mateix, la intervenció psicosocial ajuda la persona i la seva família a establir una proporció adequada de la magnitud del problema real que estan patint.</p> <p>Per tant, els principis d'"eficàcia, celeritat, economia i flexibilitat" també s'apliquen per l'acció dels treballadors socials sanitaris que, en treballar amb la persona i la família, penetren en el territori final, que és la voluntat de la persona.</p> <p>El millor tractament mèdic pot trencar-se si no hi ha una xarxa social capaç de sostenir-lo i garantir-lo.</p>
<p>Article 8.1. Es considera una activitat fonamental del sistema sanitari la realització dels estudis epidemiològics necessaris per a orientar amb més eficàcia la prevenció dels riscos per a la salut, així com la planificació i avaluació sanitària, havent de tenir com a base un sistema organitzat d'informació sanitària, vigilància i acció epidemiològica.</p>	<p>Si bé és cert que la recerca aplicada és un punt feble del treball social sanitari, no és menys cert que la informació està disponible en la majoria dels serveis. Cal iniciar projectes d'ordenació perquè se'n faciliti l'estudi i interpretació sempre des de la perspectiva del treball social, és a dir, buscant camins cap a la millora a partir de la mateixa persona.</p>
<p>Capítol III: de la salut mental</p> <p>Article 20. Sobre la base de la plena integració [...] serveis sanitaris i socials, les administracions sanitàries competents han d'adequar la seva actuació als principis següents: [...]</p> <p>3) S'han de prestar els serveis de rehabilitació i reinserció social necessaris per a una atenció integral adequada dels problemes del malalt mental, buscant la necessària coordinació amb els serveis socials.</p> <p>4) Els serveis de salut mental i d'atenció psiquiàtrica del sistema sanitari general han de cobrir, així mateix, en coordinació amb els serveis socials, els aspectes de prevenció primària i l'atenció als problemes psicosocials que acompanyen la pèrdua de salut en general.</p>	<p>En el cas de la salut mental, un dels camps més desenvolupats del treball social sanitari, es pot subscriure igual que en l'assistència sanitària general.</p>

Text de la llei	Comentari
Títol III Capítol primer: de l'organització general del sistema sanitari públic [...] Article 47.1. Es crea el Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut, que estarà integrat per un representant de cadascuna de les comunitats autònomes i per un nombre igual de membres de l'Administració de l'Estat.	El representant del consell interterritorial de cada comunitat és, en principi, el conseller competent en matèria de sanitat.

Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica

Si bé aquest punt es desenvolupa àmpliament en les pàgines següents des del treball social sanitari, convé que ara ens fixem en els principis que la Llei declara com a bàsics i que ens preguntem com assumim i apliquem aquests principis.

“Article 2. Principis bàsics.

- 1) La dignitat de la persona humana, el respecte a l'autonomia de la seva voluntat i a la seva intimitat orientaran tota l'activitat encaminada a obtenir, utilitzar, arxivar, custodiar i transmetre la informació i la documentació clínica.
- 2) Qualsevol actuació en l'àmbit de la sanitat requereix, amb caràcter general, el consentiment previ dels pacients o usuaris. El consentiment, que s'ha d'obtenir després que el pacient rebi una informació adequada, s'ha de fer per escrit en els casos que preveu la Llei.
- 3) El pacient o usuari té dret a decidir lliurement, després de rebre la informació adequada, entre les opcions clíniques disponibles.
- 4) Qualsevol pacient o usuari té dret a negar-se al tractament, excepte en els casos que determina la Llei. La seva negativa al tractament ha de constar per escrit.
- 5) Els pacients o usuaris tenen el deure de facilitar les dades sobre el seu estat físic o sobre la seva salut de manera lleial i veritable, així com el de col·laborar a obtenir-les, especialment quan siguin necessàries per raons d'interès públic o amb motiu de l'assistència sanitària.
- 6) Qualsevol professional que intervé en l'activitat assistencial està obligat no només a prestar correctament les seves tècniques, sinó a complir els deures d'informació i de documentació clínica, i a respectar les decisions adoptades lliurement i voluntàriament pel pacient.
- 7) La persona que elabori o tingui accés a la informació i la documentació clínica està obligada a guardar la reserva deguda”.

Això suggereix el disseny d'un consentiment informat quan de la seva intervenció es deriva, per exemple, una gestió amb tercers. Així donem forma legal a la intervenció des del treball social sanitari de manera que quedi patent l'aplicació del marc legal sanitari, com fan els altres professionals. Dins dels procediments de treball social sanitari inclourem el consentiment informat.

De nou reflexionem sobre els detalls de l'organització actual dels serveis sanitaris i dels serveis que al seu torn els componen.

Taula 2

Text de la llei	Comentari
<p>Article 2. Principis bàsics [...] 2) Qualsevol actuació en l'àmbit de la sanitat requereix, amb caràcter general, el consentiment previ dels pacients o usuaris. El consentiment, que s'ha d'obtenir després que el pacient rebi una informació adequada, s'ha de fer per escrit en els casos que preveu la Llei. [...] 6) Qualsevol professional que intervé en l'activitat assistencial està obligat no només a prestar correctament les seves tècniques, sinó a complir els deures d'informació i de documentació clínica, i a respectar les decisions adoptades lliurement i voluntàriament pel pacient.</p>	<p>Es pot elaborar en el treball social sanitari com la culminació d'un procés d'informació i diàleg per a quan de la seva intervenció es deriva, per exemple, una gestió que implica una derivació a un altre servei. L'existència d'un document en què consta el consentiment dóna a la intervenció des del treball social sanitari la forma que exigeix la llei i quedarà clar que s'assumeix i s'aplica el marc legal sanitari, el mateix que apliquen els altres professionals. Així, un dels nous procediments del servei de treball social sanitari ha de ser "el consentiment informat".</p>
<p>Article 3. Les definicions legals. Als efectes d'aquesta Llei s'entén per: [...] Història clínica: el conjunt de documents que contenen les dades, valoracions i informacions de qualsevol índole sobre la situació i l'evolució clínica d'un pacient al llarg del procés assistencial. [...] Informe d'alta mèdica: el document emès pel metge responsable en un centre sanitari en finalitzar cada procés assistencial d'un pacient, que n'especifica les dades, un resum del seu historial clínic, l'activitat assistencial prestada, el diagnòstic i les recomanacions terapèutiques.</p>	<p>Es pot definir, en aquest cas traslladar la definició i el seu valor documental, de la història social, per a ser precisos, la història de treball social sanitari als òrgans competents. L'informe social sanitari d'alta, o l'informe social sanitari per a altres finalitats, també s'ha de presentar com un document de valor, atès que inclou el diagnòstic social per a la persona, ja que s'hi relata el seu acte vital i que ha estat motiu de la intervenció del treballador social sanitari.</p>

Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut

"Article 12. Prestació d'atenció primària.

1) L'atenció primària és el nivell bàsic i inicial d'atenció, que garanteix la globalitat i continuïtat de l'atenció al llarg de tota la vida del pacient, actuant com a gestor i coordinador de casos i regulador de fluxos. Comprèn activitats de promoció de la salut, educació sanitària, prevenció de la malaltia, assistència sanitària, manteniment i recuperació de la salut, així com la rehabilitació física i el treball social."

El text del Reial decret 1030/2006, de 15 de setembre, és la reproducció literal de l'anterior. Es reproduceix textualment.

Aquesta llei s'ha comentat al principi del text assenyalant que el terme *reinserció social* va deixar pas al de *treball social* en l'article 12, i també s'ha assenyalat que el terme *treball social* no apareix en cap altre article.

Taula 3

Text de la disposició	Comentari
<p>Article 12. Prestació d'atenció primària. 1) L'atenció primària és el nivell bàsic i inicial d'atenció [...] i recuperació de la salut, així com la rehabilitació física i el treball social.</p>	<p>Com es pot veure, es manté el mateix text, només que ja es parla de treball social.</p>

És important el Reial decret 1030/2006, de 15 de setembre, pel qual s'estableix la cartera de serveis comuns del Sistema Nacional de Salut i el procediment per a la seva actualització.

Aquesta disposició resta en vigor en tant no es determini la cartera comuna de serveis del Servei Nacional de Salut prevista en les disposicions del Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril.

Del contingut, destaquem:

“Art. 5.4. No s'han d'incloure en la cartera de serveis comuns:

a) Les tècniques, tecnologies o procediments:

- La contribució eficaç dels quals a la prevenció, diagnòstic, tractament, rehabilitació o curació de les malalties, conservació o millora de l'esperança de vida, autonomia i eliminació o disminució del dolor i el patiment no estigui suficientment provada.
- Que es trobin en fase de recerca clínica, excepte els autoritzats per a ús compassiu.
- Que no guardin relació amb malaltia, accident o malformació congènita.
- Que tinguin com a finalitat meres activitats d'oci, descans, confort, esport o millora estètica o cosmètica, ús d'aigües, balnearis o centres residencials o altres de similars.

b) La realització de reconeixements i exàmens o proves biològiques voluntàriament sol·licitades o realitzades per interès de tercers.

Art. 5.5. L'exclusió d'una tècnica, tecnologia o procediment inclòs en la cartera de serveis comuns s'ha de dur a terme quan concorri alguna de les circumstàncies següents:

- Se n'evidencia la falta d'eficàcia, efectivitat o eficiència, o el balanç entre benefici i risc és significativament desfavorable.
- Ha perdut l'interès sanitari com a conseqüència del progrés tecnològic i científic o no ha demostrat la seva utilitat sanitària.
- Ha deixat de complir els requisits que estableix la legislació vigent.

Art. 7.3. El procediment d'avaluació per a l'actualització de la cartera de serveis comuns s'ha d'aplicar a les tècniques, tecnologies o procediments rellevants, que són els que reuneixen, almenys, una de les característiques següents:

- Representar una aportació substancialment nova a la prevenció, al diagnòstic, a la terapèutica, a la rehabilitació, a la millora de l'esperança de vida o a l'eliminació del dolor i el patiment.
- Ser noves indicacions d'equips o productes que ja existeixen.
- Requerir nous equips específics per a la seva aplicació.
- Modificar de manera significativa les formes o sistemes organitzatius d'atenció als pacients.
- Afectar sectors amplis de població o grups de risc.
- Suposar un impacte econòmic significatiu en el Sistema Nacional de Salut.
- Suposar un risc per als usuaris o professionals sanitaris o el medi ambient.
- L'aprovació definitiva de les propostes que formuli aquesta Comissió correspondrà al Ministeri de Sanitat, amb l'acord previ del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut”.

Taula 4

Text de la llei	Comentari
<p>El capítol I s'ocupa de les prestacions del Sistema Nacional de Salut [...].</p> <p>Es defineix el catàleg de prestacions com el conjunt de serveis preventius, diagnòstics, terapèutics, rehabilitadors i de promoció de la salut dirigits als ciutadans, que comprèn les prestacions de salut pública, atenció primària i especialitzada, sociosanitària, urgències, farmàcia, ortopròtesis, productes dietètics i transport sanitari.</p> <p>La cartera de serveis és el conjunt de tècniques, tecnologies o procediments, entenenent per tals cadascun dels mètodes, activitats i recursos basats en el coneixement i experimentació científica, mitjançant els quals es fan efectives les prestacions sanitàries.</p>	<p>És essencial per als treballadors socials sanitaris comprendre i assumir la diferència entre el catàleg de serveis i la cartera de serveis. En cap cas no són conceptes sinònims.</p>
<p>No s'han d'incloure en la cartera de serveis comuns:</p> <p>a) Les tècniques, tecnologies o procediments:</p> <p>1) La contribució eficaç dels quals a la prevenció, diagnòstic, tractament, rehabilitació o curació de les malalties, conservació o millora de l'esperança de vida, autonomia i eliminació o disminució del dolor i el patiment no estigui suficientment provat.</p> <p>[...]</p>	<p>Encara que aïllades i poques, hi ha recerques de treballadors socials que certifiquen aquests beneficis. Però, també sense haver-n'hi, es poden fer retrospectivament. El treball social sanitari és aquí i els seus efectes també.</p> <p>En ciència, el que no s'ha descobert no es nega perquè se sap que no significa que no existeixi.</p>
<p>El procediment d'avaluació per a l'actualització de la cartera de serveis comuns s'ha d'aplicar a les tècniques, tecnologies o procediments rellevants, que són els que reuneixen, almenys, una de les característiques següents:</p> <p>a) Representar una aportació substancialment nova a la prevenció, al diagnòstic, a la terapèutica, a la rehabilitació, a la millora de l'esperança de vida o a l'eliminació del dolor i el patiment.</p> <p>b) Ser noves indicacions d'equips o productes que ja existeixen.</p> <p>c) Requerir nous equips específics per a la seva aplicació.</p> <p>d) Modificar de manera significativa les formes o sistemes organitzatius d'atenció als pacients.</p> <p>e) Afectar sectors amplis de població o grups de risc.</p> <p>f) Suposar un impacte econòmic significatiu en el Sistema Nacional de Salut.</p> <p>g) Suposar un risc per als usuaris o professionals sanitaris o el medi ambient.</p> <p>L'aprovació definitiva de les propostes que formulï aquesta Comissió correspondrà al Ministeri de Sanitat i Consum, amb l'acord previ del Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut.</p>	<p>La satisfacció dels requisits d'aquest punt és la gran porta per a aparèixer en la cartera de serveis del Sistema Nacional de Salut més enllà de la citació actual.</p> <p>Això obriria les portes en les comunitats autònomes.</p> <p>I vegeu la importància i el treball del Consell Interterritorial.</p>

Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries

Això és així perquè la Llei general de sanitat és una norma de naturalesa predominantment organitzativa, que té com a objectiu primordial establir l'estructura i el funcionament del sistema sanitari públic en el nou model polític i territorial de l'Estat que deriva de la Constitució de 1978.

“Article 2. Professions sanitàries titulades.

1) De conformitat amb l'article 36 de la Constitució, i als efectes d'aquesta Llei, són professions sanitàries, titulades i regulades, aquelles la formació pregraduada o especialitzada de les quals s'adreça específicament i fonamentalment dotar als interessats dels coneixements, les habilitats i les actituds pròpies de l'atenció de salut, i que estan organitzades en col·legis professionals oficialment reconeguts pels poders públics, d'acord amb el que preveu la normativa específicament aplicable.

Les professions sanitàries s'estructuren en els grups següents:

a) De nivell llicenciat: les professions per a l'exercici de les quals habiliten els títols de llicenciat en medicina, en farmàcia, en odontologia i en veterinària i els títols oficials d'especialista en ciències de la salut per a llicenciats a què es refereix el títol II d'aquesta Llei.

b) De nivell diplomat: les professions per a l'exercici de les quals habiliten els títols de diplomat en infermeria, en fisioteràpia, en teràpia ocupacional, en podologia, en òptica i optometria, en logopèdia i en nutrició humana i dietètica i els títols oficials d'especialista en ciències de la salut per a aquests diplomats a què es refereix el títol II d'aquesta Llei.

a) Infermers: corresponen als diplomats universitaris en infermeria la direcció, avaluació i prestació de les cures d'infermeria orientades a la promoure, mantenir i recuperar la salut, i també a prevenir malalties i discapacitats.

b) Fisioterapeutes: correspon als diplomats universitaris en fisioteràpia prestar les cures pròpies de la seva disciplina, a través de tractaments amb mitjans i agents físics, adreçats a la recuperació i rehabilitació de persones amb disfuncions o discapacitats somàtiques, així com a prevenir-les.

c) Terapeutes ocupacionals: correspon als diplomats universitaris en teràpia ocupacional aplicar tècniques i dur a terme activitats de caràcter ocupacional que tendeixin a potenciar o suplir funcions físiques o psíquiques disminuïdes o perdudes, i a orientar i estimular el desenvolupament d'aquestes funcions.

d) Podòlegs: els diplomats universitaris en podologia exerceixen les activitats adreçades a diagnosticar i tractar les afeccions i deformitats dels peus, mitjançant les tècniques terapèutiques pròpies de la seva disciplina.

i) Òptics-optometristes: els diplomats universitaris en òptica i optometria exerceixen les activitats adreçades a detectar els defectes de la refracció ocular, a través del mesurament instrumental, a utilitzar tècniques de reeducació, prevenció i higiene visual, i a adaptar, verificar i controlar els ajuts òptics.

f) Logopedes: els diplomats universitaris en logopèdia exerceixen les activitats de prevenció, avaluació i recuperació dels trastorns de l'audició, de la fonació i del llenguatge, mitjançant tècniques terapèutiques pròpies de la seva disciplina.

g) Dietistes-nutricionistes: els diplomats universitaris en nutrició humana i dietètica exerceixen activitats orientades a l'alimentació de la persona o de grups de persones, adequades a les seves necessitats fisiològiques i, si s'escau, patològiques, i d'acord amb els principis de prevenció i salut pública”.

La Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat únicament es refereix a l'exercici lliure de les professions sanitàries, sense abordar-ne la regulació, encara que en l'article 40, punts 10 i 11, preveu, com a competència de l'Estat, l'homologació de programes de formació postgraduada, el perfeccionament i l'especialització del personal sanitari, i també l'homologació general dels llocs de treball dels serveis sanitaris.

Taula 5

Text de la llei	Comentari
<p>La Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, únicament es refereix a l'exercici lliure de les professions sanitàries [...]</p> <p>Article 2. Professions sanitàries titulades.</p> <p>1) De conformitat amb l'article 36 de la Constitució, i als efectes de aquesta Llei, són professions sanitàries, titulades i regulades, aquelles la formació de les quals pregraduada o especialitzada es dirigeix específicament i fonamentalment a dotar els interessats dels coneixements, habilitats i actituds pròpies de l'atenció de salut, i que estan organitzades en col·legis professionals oficialment reconeguts pels poders públics, d'acord amb el que preveu la normativa específicament aplicable.</p>	<p>En aquest cas, la universitat és la que pot obrir el camí per a buscar el reconeixement del treball social sanitari com a professió sanitària. Però les condicions que s'exigeixen no semblen murs insalvables. Per descomptat, és possible una assessoria legal especialitzada però és només qüestió de donar la forma que exigeix la normativa al que s'està fent, al que existeix.</p>

1.1.2. Breu anàlisi de l'àmbit autonòmic segons la Llei de sanitat i les referències, explícites o implícites al treball social sanitari

Per a aquest apartat es recomana acudir al document esmentat elaborat amb motiu de la Intercol·legial de Sanitat de l'1 de març de 2008 i en poder dels col·legis. No obstant això, es reflecteixen els exemples més sagnants constatant per endavant que en cap cas s'esmenta el treball social sanitari directament.

Taula 6

Referència de la Llei	Com apareix el treball social citat
<p>Andalusia: Llei 2/1998, de 15 de juny, de salut d'Andalusia. Ordre de 7 de juny de 2002, per la qual s'actualitza el mapa atenció primària de salut d'Andalusia.</p>	<p>No s'esmenta el treball social sanitari.</p>
<p>Aragó: Llei 6/2002, de 15 d'abril, de salut d'Aragó.</p>	<p>Article 2. Principis rectors. a) Concepció integral de la salut, incloent actuacions cap a tots els factors determinants d'aquesta en els camps de la promoció, prevenció, assistència, rehabilitació i integració social.</p>
<p>Astúries: Llei 1/92, de 2 de juliol, del Servei de Salut del Principat d'Astúries. Decret 2/2006, de 12 de gener, pel qual es regula la constitució i el funcionament dels consells de salut de zona.</p>	<p>No apareix el treball social sanitari si bé la comunitat està pendent de l'aprovació d'una normativa específica. Article 4. Composició del consell de salut de zona [...] Punt 2.b. Quatre membres de l'equip d'atenció primària, nominats per la gerència d'atenció primària, i entre els quals hi ha d'haver un diplomad o diplomada de treball social si no n'hi ha.</p>
<p>Canàries: Llei 11/1994, de 26 de juliol, d'ordenació sanitària de Canàries.</p>	<p>Article 3. Funcions. [...] e) Execució de les accions necessàries per a la rehabilitació funcional i inserció social del pacient.</p>

Referència de la Llei	Com apareix el treball social citat
Cantàbria: Llei 7/2002, de 10 de desembre, d'ordenació sanitària de Cantàbria.	No s'esmenta el treball social sanitari si bé s'esmenta la creació i impuls de programes de coordinació amb els àmbits social i sociosanitari.
Castella i Lleó: Llei 8/2010, de 30 d'agost, d'ordenació del sistema de salut de Castella i Lleó.	No s'esmenta el treball social sanitari si bé s'esmenta l'assistència integral i la coordinació. Inclou els serveis sociosanitaris entre les prestacions sanitàries, i inclou el treball social dins de l'atenció primària, quan tracta de l'ordenació funcional del sistema.
Castella - la Manxa: Llei 8/2000, de 30 de novembre, d'ordenació sanitària de Castella - la Manxa.	No s'esmenta el treball social sanitari.
Catalunya: Llei 15/1990, de 9 de juliol, d'ordenació sanitària de Catalunya Llei 8/2007, de 30 de juliol, de l'Institut Català de la Salut.	Article 41. 2) L'equip d'atenció primària ha de ser el conjunt de professionals sanitaris i no sanitaris a) Personal sanitari [...] a.3) Assistents socials d'atenció primària. b) Personal no sanitari En la Llei 8/2007 no s'esmenta el treball social sanitari.
Comunitat de Madrid: Llei 12/ 2001, de 21 de desembre, d'ordenació sanitària.	Secció 2.a. Assistència sanitària. 2) El Servei Madrileny de Salut disposarà d'una organització adequada que permeti: a) L'atenció integral de la salut de l'individu, comprensiva tant de la promoció de la salut i la prevenció de la malaltia, com de les accions curatives i rehabilitadores necessàries, que col·labori en la reinserció social, en l'àmbit de la Xarxa Sanitària Única d'Utilització Pública.
Comunitat Valenciana: Llei 3/2003, de 6 de febrer, d'ordenació sanitària de la Comunitat Valenciana.	No s'esmenta el treball social sanitari si bé el Col·legi va aportar normativa anterior en què sí s'esmentava.
Extremadura: Llei 10/2001, de 28 de juny, de salut d'Extremadura.	Article 3. Principis rectors. Aquesta Llei s'inspira en els principis següents: a) Concepció integral de la salut, incloent actuacions de promoció, prevenció, assistència, rehabilitació i incorporació social.
Galícia: Llei 8/08, de 10 de juliol, de salut de Galícia.	L'article 50 diu: j) El treball social amb els usuaris i usuàries, en coordinació amb el sistema de serveis socials.
Illes Balears: Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les illes Balears.	Capítol II. La Llei té com a eix central l'atenció de la salut del ciutadà en totes les vessants, des de l'educació per a la salut, les accions preventives, les mesures públiques de protecció de la salut individual i col·lectiva, fins a l'atenció de la malaltia, la rehabilitació funcional i la reincorporació social del pacient. Secció 6.a. Drets dels malalts mentals Article 17. Drets específics dels malalts mentals. a) L'atenció integral i multidisciplinària [...] desenvolupant els serveis de rehabilitació i reinserció social necessaris per a aquesta finalitat. Article 91. Centres de salut. 1) Els centres de salut són l'estructura física i funcional [...] atenció curativa, rehabilitació i reinserció social, així com el de la participació comunitària.

Referència de la Llei	Com apareix el treball social citat
La Rioja: Llei 2/2002, de 17 d'abril, de salut de la Rioja.	Capítol V. Nivells d'atenció sanitària. Article 48. Nivells assistencials. [...] 3) Les cures sanitàries i l'assistència social s'integraran de forma coordinada i continuada [...]. Article 51. Salut mental i drogodependències [...] c) S'han de desenvolupar els serveis de rehabilitació i reinserció social necessaris per a una adequada atenció integral.
Navarra: Llei foral 10/1990, de 23 de novembre, de salut	Article. 16. L'atenció primària de salut es presta per mitjà de les estructures d'atenció [...] b) activitats orientades a la promoció de la salut, a la prevenció de les malalties i a la reinserció social.
País Basc: Llei 8/1997, de 26 de juny, d'ordenació sanitària del País Basc.	b) El desenvolupament de la peculiaritat organitzativa [...] sinó que es troben obligades a desplegar una activitat significativa de prestació i intermediació social i, en conseqüència, a configurar tot un dispositiu de serveis públics sanitaris.
Regió de Múrcia: Llei 4/1994, de 26 de juliol, de salut de la Regió de Múrcia.	No s'esmenta el treball social sanitari.
Ceuta: Decret de la Presidència de la Ciutat de 31 de juliol de 2001.	No s'esmenta el treball social sanitari.
Melilla: Reial decret 1515/2005, de 16 de desembre, sobre traspassos en matèria de sanitat.	No s'esmenta el treball social sanitari.

1.2. Reflexió final

Amb aquest màster de Treball social sanitari iniciem un camí estratègic per al perfeccionament de la pràctica professional d'acord amb les exigències del segle XXI. La importància d'organitzar les nostres intervencions d'acord amb marc legal vigent ens proporcionarà aquest espai de credibilitat que es basa en coneixements, procediments i recerques.

2. Aspectes generals del dret sanitari internacional i estatal

2.1. Dret sanitari

Branca de l'ordenament jurídic que té per objecte la regulació de les activitats relacionades amb la salut.

2.1.1. Normes internacionals

En aquest apartat ens limitem a esmentar els textos de dret internacional relacionats amb el tema, que en l'apartat següent seran objecte d'un comentari més detallat.

- Declaració universal dels drets humans (ONU), 10/10/48
 - Article 25. Dret a la protecció de la salut, l'assistència mèdica i els serveis socials.
- Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals (PIDEC), Nova York, 16/12/66
 - Article 12. Dret al gaudi del nivell més alt possible de salut física i mental.
- Carta social europea, Torí, 18/10/61.
 - Article 11. Dret a la protecció de la salut.
 - Article. 13. Dret a l'assistència social i mèdica.
- Conveni europeu sobre drets Humans i biomedicina, Oviedo, 04/04/97. Estableix la protecció de la persona humana en l'àmbit d'aplicació de la medicina i la biologia.
- Unió Europea, conforme al contingut dels tractats constitutius en la versió donada a aquests pel Tractat de Lisboa, 13/12/07
 - Tractat de la Unió Europea
 - Tractat de funcionament de la Unió Europea (antic Tractat de la Comunitat Europea)
 - Article 168 (antic article 152 TCE), sobre salut pública, que ordena definir i executar totes les polítiques i accions de la Unió per a garantir un alt nivell de protecció de la salut humana.
- Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, Estrasburg, 12/12/07
 - Article 35. Dret a la protecció de la salut.

- Protocol adicional a la convenció americana de drets humans, San Salvador, 17/11/88
 - Article 10, que reconeix el dret a la salut.
- Carta africana sobre els drets humans, Banjul, 27/07/81
 - Article 16. Dret a la protecció de la salut.

L'àmbit de la sanitat no s'esgota en l'activitat assistencial, si bé aquesta pot ser la més immediata i visible, ja que es projecta sobre els més diversos espais en què l'home es mou i requereix així actuacions públiques per a la promoció i protecció de la salut, i també del benestar general de la societat.

En aquest sentit, el diccionari de la Reial Acadèmia defineix **sanitat** de la manera següent:

“Cualidad de sano. Calidad de saludable. Conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud común de los habitantes d'una nación, d'una provincia o d'un municipio”.

I **salut** de la manera següent:

“El estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.

Per tant, el dret sanitari constitueix la branca de l'ordenament jurídic que té per objecte la regulació de les activitats relacionades amb la salut dels ciutadans o, dit d'una altra manera, les relacions jurídiques que incideixen en l'àmbit de la salut.

Potser hi ha una certa contradicció verbal i conceptual, ja que quan parlem de sanitat i d'assistència sanitària, ens referim, bàsicament, a la cura, atencions i tractament de la persona malalta per a la curació o recuperació de la salut.

La manera de veure la salut en si mateixa, l'individu sa, es conté en les normes sobre salut pública, que, en l'àmbit estatal, podem concretar en la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública.

Podem establir dos àmbits diferenciats dins de l'activitat sanitària, i per tant del dret sanitari: el que es refereix a l'assistència sanitària pròpiament dita i el que preveu tot el que es refereix a la salut pública².

L'íntima relació entre la salut i la vida de la persona, que, d'altra banda, és un bé limitat en el temps, determina que el dret a la protecció de la salut hagi assolit un rang superior i es trobi catalogat entre els drets fonamentals de caràcter social, també denominats *prestacionals*.

Referència bibliogràfica

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid: Espasa-Calpe.
<<http://www.rae.es/rae.html>>

⁽²⁾En alguns textos legals s'identifica com a higiene i salut pública.

Dit això, podem pensar en diferents nivells normatius en matèria de sanitat que, en un món globalitzat com l'actual, ens porten a veure'ls en sentit descendent, de l'àmbit global o internacional al local o intern.

2.1.2. Dret sanitari internacional

Els diferents tractats internacionals sobre reconeixement i protecció dels drets humans són les fonts que ens permeten conèixer i estudiar el desenvolupament del dret a la protecció de la salut, al mateix temps que constitueixen la pedra de toc, o norma de referència, a l'hora de determinar el grau de desenvolupament en la protecció del dret assolit per cadascun dels estats.

Respecte a això s'ha de tenir en compte que els tractats internacionals són normes pactades entre els estats, en virtut de les quals s'obliguen (els estats part del tractat) a complir unes obligacions determinades, i que les normes jurídiques contingudes en els tractats internacionals no són d'aplicació directa a Espanya fins que no s'integren en l'ordenament intern mitjançant la seva publicació íntegra en el BOE (art. 96 de la Constitució i art. 1 del Codi Civil).

1) En l'enumeració de les normes internacionals hem de partir de la **Declaració universal de drets humans**, aprovada a París per resolució de l'Assemblea General de l'ONU el 10 de desembre de 1948.

La Declaració universal de drets humans **no** és un tractat internacional ni constitueix, pròpiament, un pacte. Tal com el seu nom indica, es tracta d'una declaració que manca de valor jurídic, però que, malgrat això, té una gran força moral, incrementada, exponencialment, amb el pas del temps.

La Declaració universal de drets humans, en la part dedicada a recollir els drets econòmics, socials i culturals, inclou l'article 25, el primer paràgraf del qual diu el següent:

"Tota persona té dret a un nivell de vida que assegurï, per a ell i la seva família, **la salut i el benestar**, especialment quant a alimentació, vestir, l'habitatge, **assistència mèdica** i als serveis socials necessaris; també té dret a la seguretat en cas d'atur, malaltia, incapacitat, viduïtat, vellesa o altra falta de mitjans de subsistència independent de la seva voluntat".

Per tant, des de la Declaració de 1948, la protecció de la salut, l'assistència mèdica i els serveis socials s'inclouen dins dels drets humans reconeguts a qualsevol persona. Partint d'aquest reconeixement, correspon a cadascun dels estats articular les mesures necessàries perquè aquests drets siguin efectius.

2) Va ser necessari esperar fins al 16 de desembre de 1966 perquè els estats adquirissin un nivell de compromís més elevat en el reconeixement, catalogació i protecció dels **drets humans**.

En aquesta data, i també en l'àmbit de l'ONU, es van signar a Nova York els **pactes internacionals de drets civils i polítics i dedrets econòmics, socials i culturals**.

Es tracta de dos pactes internacionals diferents, elaborats i signats en paral·lel, i als quals correspon un àmbit material diferent, mitjançant els quals els estats queden jurídicament obligats a la protecció dels drets humans. Van entrar en vigor el 1976.

A nosaltres, només ens interessa el contingut del Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals (PIDESC), mitjançant el qual els estats part assumeixen l'obligació d'aconseguir progressivament la plena efectivitat dels drets reconeguts i hi destinen els recursos disponibles.

En l'article 12, disposa:

"Article 12

- 1) Els estats part en aquest Pacte reconeixen el dret de qualsevol persona a gaudir del nivell més alt possible de salut física i mental.
- 2) Entre les mesures que els estats part en el Pacte han d'adoptar a fi d'assegurar la plena efectivitat de aquest dret, hi han de figurar les necessàries per al següent:
 - a) La reducció de la mortinatalitat i de la mortalitat infantil i el desenvolupament sa dels nens.
 - b) La millora en tots els aspectes de la higiene del treball i del medi ambient.
 - c) La prevenció i el tractament de les malalties epidèmiques, endèmiques, professionals i d'una altra índole i la lluita contra aquestes.
 - d) La creació de condicions que assegurin a tothom assistència mèdica i serveis mèdics en cas de malaltia".

L'efectivitat dels drets reconeguts no és immediata, sinó gradual i condicionada a la disponibilitat dels mitjans necessaris. D'altra banda, no es pot dir que els mecanismes de control del compliment de les obligacions assumides en el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals siguin especialment severs o contundents (a diferència del que estableixen altres convenis internacionals, com és el cas del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans) i es limiten a disposar que els estats han de presentar, periòdicament, informes sobre el grau de compliment de les obligacions assumides en els quals han de reflectir les mesures que han adoptat i els progressos que han fet amb la finalitat d'assegurar el respecte als drets reconeguts en el Pacte. Els informes són coneguts pel Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals (CESCR, en anglès), amb seu a Ginebra, que efectua funcions de control en formular observacions als informes presentats i donar orientacions als estats per al compliment dels pactes.

Aquestes “observacions” reiteren el caràcter vinculant del Pacte i criden l’atenció sobre la necessitat de no minimitzar-lo, en assenyalar que s’hi reconeixen uns drets respecte dels quals els estats han d’assegurar la satisfacció d’un nucli mínim que no pot ser ignorat.

L’“observació” publicada l’11 d’agost de 2000 es refereix a la interpretació del contingut de l’article 12 del PIDESC (dret a la protecció de la salut) i a l’abast de les obligacions assumides pels estats.

I una observació final: en cap moment no hem d’oblidar que el mateix PIDESC imposa als estats l’obligació d’adoptar mesures perquè els drets socials reconeguts siguin efectius.

El 10 de desembre de 2008, l’Assemblea General de l’ONU va aprovar el Protocol facultatiu al pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals, actualment obert a la signatura i ratificació dels estats, que, quan entri en vigor, permetrà rebre i considerar comunicacions individuals relacionades amb el respecte dels drets humans i el compliment del PIDESC.

Europa

En l’àmbit del Consell d’Europa, organització internacional que agrupa quaranta-set estats del continent europeu i denominat *regional* (entès des d’una perspectiva mundial), després del **Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals**, signat a Roma el 4 de novembre de 1950, el qual conté el reconeixement de drets personals de caràcter civil i polític, es va abordar la tasca del reconeixement dels drets econòmics, socials i culturals, la qual cosa es va concretar en la denominada **Carta social europea**, signada a Torí el 18 d’octubre de 1961.

La Carta social europea, a més del reconeixement de drets relacionats amb el treball, també conté drets socials, entre els quals trobem el dret a la protecció de la salut i a l’assistència mèdica, en els termes següents:

“Article 11. Dret a la protecció de la salut.

Per garantir l’exercici efectiu del dret a la protecció de la salut, les parts contractants es comprometen a adoptar, directament o en cooperació amb organitzacions públiques o privades, mesures adequades, entre altres finalitats, per a les següents:

- 1) Eliminar, en tant que sigui possible, les causes d’una salut deficient.
- 2) Establir serveis educacionals i de consulta dirigits a millorar la salut i a estimular el sentit de responsabilitat individual en aquesta.
- 3) Prevenir, en tant que sigui possible, les malalties epidèmiques, endèmiques i altres.

Article 13. Dret a l’assistència social i mèdica.

Per garantir l’exercici efectiu del dret a l’assistència social i mèdica, les parts contractants es comprometen:

- 1) A vetllar perquè qualsevol persona que no disposi de recursos suficients i no estigui en condicions d’aconseguir-los per el seu propi esforç o de rebre’ls d’altres fonts, especial-

Web

Les “observacions” es poden consultar en la pàgina d’Internet <http://www2.ohchr.org/spanish>.

ment per via de prestacions d'un règim de seguretat social, pugui obtenir una assistència adequada i, en cas de malaltia, les cures que exigeixi el seu estat.

2) A vetllar perquè les persones que es beneficiïn d'aquesta assistència no pateixin per aquest motiu cap disminució en els seus drets polítics i socials.

3) A disposar el necessari perquè tothom pugui obtenir per mitjà de serveis adequats, públics o privats, l'assessorament i ajuda personal necessaris per a prevenir, eliminar o alleujar el seu estat de necessitat personal o familiar.

4) Aplicar les disposicions esmentades en els paràgrafs 1, 2 i 3 d'aquest article, en condicions d'igualtat amb els seus nacionals, als de la resta de les parts contractants que es trobin legalment al seu territori, conforme a les obligacions derivades del Conveni europeu d'assistència social i mèdica, signat a París l'11 de desembre de 1953".

La Carta social europea, en un sistema molt similar al del PIDESC però potser amb un efecte vinculant menor, estableix, com a mecanisme de control, l'obligació dels estats part de lliurar informes bianuals a la Secretaria General del Consell d'Europa sobre l'aplicació de les disposicions que hagin acceptat.

Sense negar la influència moral i política de la Carta social europea, la seva vinculació jurídica és limitada, per efecte dels mecanismes de control establerts i la coincidència material amb els tractats i convenis de l'Organització Internacional del Treball.

El 3 de maig de 1996, en el si del Consell d'Europa es va signar el text de la Carta social europea revisada, que ha quedat obert a la ratificació dels estats membres, que vol avançar en la coordinació de les polítiques socials dels estats europeus i obtenir un major reconeixement i protecció dels drets socials.

Però la norma més important i transcendent en l'àmbit "regional" del Consell d'Europa, pels seus efectes en la configuració i regulació de les relacions jurídiques sanitàries, és el **Conveni per a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà pel que fa a les aplicacions de la biologia i la medicina**³, signat a Oviedo el 4 d'abril de 1997.

⁽³⁾Més conegut com a Conveni europeu sobre els drets humans i la biomedicina.

El Conveni d'Oviedo té per objectiu la protecció de la persona humana, de la seva dignitat i integritat, en l'àmbit d'aplicació de la medicina i la biologia, per la qual cosa no som davant una norma internacional de protecció dels drets socials, sinó davant un pacte internacional que obliga els estats a establir normes encaminades a la protecció dels drets personals i, en aquest sentit, el Conveni recull els progressos de les societats europees, representades pels diferents estats, en el reconeixement i la protecció dels drets humans. Diríem que representa l'evolució natural del contingut del Conveni de Roma aplicat en una de les situacions en què la persona es pugui trobar més desprotegida, mentre la malaltia afebleix les seves forces i capacitats i ha de confiar en l'assistència d'altres.

Es tracta d'una norma que preveu específicament la prestació d'assistència sanitària des de la perspectiva de la protecció dels drets individuals de la persona humana.

Per aplicació de les disposicions de la Constitució espanyola sobre l'efecte dels tractats internacionals, el contingut del Conveni d'Oviedo és directament aplicable des del moment de la seva ratificació i la publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, i conforme al que preveu el mateix tractat va començar la seva vigència a Espanya el dia 1 de gener de 2000. La seva incidència més destacable en l'ordenament jurídic espanyol es troba en la promulgació de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, reguladora de l'autonomia del pacient.

Normativa de la Unió Europea:

- **Els tractats constitutius**

La Unió Europea no és un organisme internacional, sinó un ens supranacional que exerceix les competències que els estats membres li han cedit. Nascuda per transformació de les comunitats econòmiques europees constituïdes el 1952 i el 1957, la seva finalitat, a llarg termini, és aconseguir la unió política dels estats membres, la qual cosa s'assoleix mitjançant la unió econòmica i l'harmonització normativa, i també l'establiment dels drets a la lliure circulació de persones, capitals, mercaderies i serveis.

La Unió Europea no ha establert normes en l'àmbit de l'assistència sanitària, l'organització i prestació de la qual és competència dels estats membres, però té competències importants en matèria de salut pública i ha dictat diverses directives per establir la coordinació i harmonització necessàries de les diferents legislacions estatals amb l'objecte d'aconseguir un nivell uniforme de protecció de la salut pública en tot l'àmbit comunitari. Pel Tractat de Lisboa, signat el 13 de desembre de 2007, s'ha donat una nova redacció als tractats constitutius de la Unió Europea, i després s'ha procedit a publicar-ne la versió consolidada. El Tractat de la Unió Europea (TUE), signat a Maastricht el 7 de febrer de 1992, no conté cap referència a l'assistència sanitària. L'antic tractat constitutiu de la Comunitat Europea canvia el seu nom, i és substituït pel Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE). En l'article 3 es relacionen les competències exclusives de la Unió, i en l'article 4, les que comparteixen la Unió i els estats membres, entre les quals es troben la política social, el medi ambient i la protecció dels consumidors. En l'article 6, s'atorga competència a la Unió per a dur a terme accions amb la finalitat de donar suport, coordinar o complementar l'acció dels estats membres en l'àmbit de la protecció i millora de la salut humana, entre altres.

Els articles 151 a 161 estan dedicats a la política social (tenint presents els drets socials fonamentals reconeguts en la Carta social europea).

L'article 168, únic del títol XIV, sota el títol de "Salut pública", conté una llarga i detallada disposició que cerca coordinar i complementar les polítiques nacionals en la matèria per a garantir un nivell de protecció alt de la salut humana (es correspon amb l'antic article 152 del TCE, del qual hi ha poques modificacions).

Les normes de la Unió Europea incideixen especialment en la seguretat alimentària, la sanitat animal, la prevenció de riscos laborals, els medicaments i productes sanitaris, les transfusions sanguínies i els trasplanta-

ments d'òrgans, i també en la protecció radiològica en exàmens i tractaments mèdics, amb la finalitat de garantir la qualitat i la seguretat en un mercat únic on hi ha llibertat de circulació de persones, productes i serveis, després d'establir una Agència Europea del Medicament i una Agència Europea de Seguretat Alimentària, a més d'una Agència Europea per a la Seguretat i la Salut en el Treball, amb seu a Bilbao.

Conforme a les disposicions del TFUE, les competències per a l'organització i la gestió dels serveis sanitaris corresponen als estats membres, i la Unió Europea assumeix competències complementàries i de suport en aplicació del principi de subsidiarietat.

L'àmbit de l'assistència sanitària transfronterera es preveu en la Directiva 2011/24/UE, de 9 de març, el contingut de la qual s'ha d'incorporar a la legislació interna dels estats membres abans del 25 d'octubre de 2013. En aquesta es regula l'accés als serveis sanitaris en un altre país, i el reemborsament de les despeses d'assistència al país de residència, complementant i ampliant les disposicions del Reglament CEE 1408/71, del Consell, de 14 de juny, sobre seguretat social dels treballadors migrants i els membres de les seves famílies.

L'article 168 TFUE dona cobertura a les normes sobre qualitat i seguretat dels medicaments, productes sanitaris, òrgans i substàncies d'origen humà, i les disposicions sobre traçabilitat d'aquests.

- **Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea**

Durant el Consell Europeu celebrat a Colònia el juny de 1999, la Unió Europea va decidir establir una carta que contingués els drets fonamentals dels ciutadans de la Unió.

El text, en forma de declaració i per això sense anar més enllà del compromís polític dels signants, es va proclamar a Niça el 7 de desembre de 2000. En aquest s'aglutinen els drets civils, polítics, econòmics i socials dels ciutadans de la Unió, que recullen les tradicions i els drets fonamentals comuns dels estats membres, i també la doctrina que emana del Tribunal Europeu de Drets Humans i el contingut de les cartes socials europees, la qual cosa sintetitza els valors comuns dels estats de la Unió.

La Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea incorpora el reconeixement de drets individuals i socials sorgits amb posterioritat a la Declaració de les Nacions Unides de 1948 i al Conveni europeu de 1950, com els drets de les persones grans i dels nens, la protecció de dades personals, el consentiment a les intervencions mèdiques i la protecció del medi ambient, juntament amb l'enumeració dels drets vinculats a la condició de ciutadà de la Unió Europea.

En l'àmbit dels drets socials, els quals es denominen *drets de solidaritat*, s'inclouen, separadament, els drets a la seguretat social i a l'ajuda social i el dret a la protecció de la salut.

Una vegada signada i proclamada la Carta dels drets fonamentals, la Unió Europea ha evolucionat en la seva organització i estructuració i ha ampliat el nombre d'estats membres, per la qual cosa ha elaborat un nou tractat constitutiu que modifica els actualment vigents. Aquest nou tractat cons-

titutiu va ser aprovat a Lisboa el 13 de desembre de 2007. Juntament amb el nou tractat, la Unió Europea ha redactat una nova carta de drets fonamentals que va ser signada a Estrasburg el 12 de desembre de 2007. Va entrar en vigor al mateix temps que el Tractat de Lisboa, i té el mateix valor jurídic que els tractats.

La novetat d'aquesta carta de drets és que el seu contingut comporta una vinculació jurídica per als estats i les seves disposicions per als estats membres, ja que l'article 6 del Tractat de la Unió Europea, conforme al que estableix el Tractat de Lisboa, li confereix el mateix valor jurídic que els tractats, la qual cosa constitueix un gran pas en la protecció dels drets humans i, en el que aquí interessa, en el reconeixement del dret a la protecció de la salut, ja que la Carta, que reconeix la competència estatal en la prestació de l'assistència sanitària, disposa:

“Article 35. Protecció de la salut.

Qualsevol persona té dret a accedir a la prevenció sanitària i a gaudir de l'atenció mèdica en les condicions establertes per les legislacions i pràctiques nacionals. En la definició i l'execució de totes les polítiques i accions de la Unió s'ha de garantir un nivell elevat de protecció de la salut humana”.

El continent americà

El 1948 es va constituir l'Organització d'Estats Americans (OEA), però fins al 22 de novembre de 1969 no es va signar la **Convenció americana sobre drets humans**, que recull l'enumeració dels drets civils i polítics reconeguts al continent i destina un sol article, el 26, al reconeixement dels drets econòmics, socials i culturals, on es recull el compromís dels estats membres al desenvolupament progressiu, i en la mesura dels recursos disponibles, dels quals es derivin de les normes econòmiques, socials i culturals, de la Carta dels l'Organització d'Estats Americans.

El 17 de novembre de 1988 es va signar a San Salvador el protocol addicional a la Convenció americana de drets humans en matèria de drets econòmics, socials i culturals que, en vint-i-dos articles, enumera els reconeguts, sempre amb el compromís d'aconseguir-ne progressivament la plena efectivitat.

Al costat del dret a la seguretat social, al medi ambient i a l'alimentació, reconeix el dret a la salut (no el dret a la protecció de la salut, que és l'únic objectiu assolible, ja que la salut no es pot garantir en cap cas) i, recollint la definició que va donar al seu moment l'Organització Mundial de la Salut, diu:

“Article 10. Dret a la salut.

1) Qualsevol persona té dret a la salut, entesa com el gaudi del més alt nivell de benestar físic, mental i social.

2) Amb la finalitat de fer efectiu el dret a la salut, els estats part es comprometen a reconèixer la salut com un bé públic i particularment a adoptar les mesures següents per a garantir aquest dret:

a) l’atenció primària de la salut, entenent com a tal l’assistència sanitària essencial posada a l’abast de tots els individus i familiars de la comunitat;

b) l’extensió dels beneficis dels serveis de salut a tots els individus subjectes a la jurisdicció de l’Estat.

c) la immunització total contra les malalties infeccioses principals;

d) la prevenció i el tractament de les malalties endèmiques, professionals i d’un altre tipus;

e) l’educació de la població sobre la prevenció i tractament dels problemes de salut, i

f) la satisfacció de les necessitats de salut dels grups de risc més alt i que per les seves condicions de pobresa siguin més vulnerables”.

Àfrica

És l’últim continent que s’ha unit a la protecció dels drets humans mitjançant **la Carta africana sobre els drets humans i dels pobles**, aprovada a Nairobi el 27 de juliol de 1981, en què es recullen, conjuntament, els drets civils i polítics, i també els drets econòmics, socials i culturals. Respecte a la protecció de la salut, també recull la definició de l’Organització Mundial de la Salut i disposa el següent:

“Article 16

1) Qualsevol individu té dret a gaudir del millor estat físic i mental possible.

2) Els estats signataris d’aquesta Carta han de prendre les mesures necessàries per a protegir la salut del seu poble i assegurar-se que reben assistència mèdica quan estan malalts”.

La Carta africana preveu la constitució d’una comissió sobre drets humans per a la seva promoció i per a garantir-ne el compliment. Únicament els estats estan legitimats per a presentar denúncies d’altres estats sobre violacions dels drets reconeguts en la Carta.

2.2. El dret sanitari estatal (espanyol)

Desplegant les previsions que conté l’article 43 de la Constitució de 1978, s’han dictat diferents normes que regulen l’organització dels serveis sanitaris a Espanya, començant per la Llei 14/1986, de 25 d’abril, general de sanitat (LGS).

L'LGS s'ocupa preferentment de l'organització del sistema sanitari. En aquesta norma, per primera vegada el legislador aborda globalment l'àmbit sanitari i l'ordena íntegrament de manera sistemàtica, en desvincular l'assistència sanitària de les entitats gestores de la seguretat social i configurar el nou marc normatiu del sector.

Només dedica tres disposicions (articles 9, 10 i 11) a l'enumeració dels drets i deures que configuren la relació jurídica sanitària i que afecten tant malalts i usuaris com els prestadors de serveis, tant si són entitats públiques com privades.

La LGS proclama la universalització de l'assistència sanitària mitjançant la seva extensió a tota la població (articles 1.2, 3.2, 6.4, 16, 46.a i 80), però **de manera progressiva**, tal com indica la disposició addicional cinquena, la qual cosa reitera posteriorment la Llei de cohesió i qualitat del sistema.

La pretesa universalització de l'assistència sanitària no s'ha transformat en un dret real i efectiu, ja que el sistema sanitari continua vinculat a una base contributiva a la Seguretat Social. Si bé és cert que l'assistència s'ha ampliat als col·lectius més desfavorits, que no disposen dels ingressos considerats mínims i per això perceben pensions no contributives (o d'assistència social), encara queda sense cobertura un nombre important de persones que no han cotitzat i que, sense que es puguin considerar ni rics ni potentats, tenen ingressos lleugerament superiors als mínims, juntament amb altres col·lectius, generalment professionals, a qui no arriba la cobertura sanitària i que alguns estudis xifren entorn del 5% de la població.

S'argumenta que aquesta situació comporta un incompliment de la Llei i que és contrària al principi constitucional d'igualtat, ja que en haver estat establert un sistema que es finança amb aportacions públiques, procedents dels ingressos tributaris, les prestacions s'han d'estendre a tota la població perquè tots els ciutadans hi contribueixen amb els impostos.

Amb el que s'ha dit podem considerar que l'assistència sanitària a Espanya es configura com un servei públic de l'Estat, si bé amb algunes llacunes, però hem de tenir en compte que, al mateix temps, s'inclou dins de l'acció protectora de la Seguretat Social, conforme al que disposa l'article 38 del Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny, que aprova el vigent Text refós de la llei general de la Seguretat Social, amb la qual cosa resulta que es tracta d'un servei públic dual.

Les últimes reformes legislatives, imposades en el context de la crisi econòmica que ens afecta des de fa uns quants anys, sembla que han obert una via establint un sistema d'assistència sanitària vinculada al sistema d'assegurances socials, que es fa visible en les disposicions que conté el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per a garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i seguretat de les seves prestacions.

Aquest Reial decret llei, i el posterior Reial decret 1192/12, de 3 d'agost, que el desplega, reconeix el dret a rebre assistència sanitària del SNS als assegurats, reconeixent aquesta condició d'assegurats als treballadors per compte d'altri o per compte propi afiliats a la Seguretat Social i en situació d'alta, o assimilada a la d'alta, als pensionistes del Sistema de Seguretat Social, i als perceptors de qualsevol altra prestació periòdica d'aquesta.

A partir d'aquesta disposició, resulta que l'assistència sanitària pública està finançada pels pressupostos generals de l'Estat, però la condició d'afiliat o de pensionista del Sistema de Seguretat Social determina el reconeixement del dret a l'assistència sanitària pública en el SNS.

Seguint un ordre cronològic, la següent disposició que trobem és la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació mèdica.

Aquesta disposició segueix els postulats del Conveni del Consell d'Europa sobre els drets de l'home i la biomedicina, i modifica, ampliant-lo i precisant-lo, el catàleg de drets i deures de la LGS, en regular, per primera vegada, les instruccions prèvies, o voluntats anticipades, que qualsevol persona pot emetre en previsió que, arribat el moment de decidir sobre el tractament sanitari que hagi de seguir, no es trobi en condicions per a prestar el seu consentiment. La Llei 41/2002 regula el contingut (drets i deures) de la relació jurídica sanitària.

Posteriorment, es va publicar la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, mitjançant la qual es va reorganitzar l'estructura organitzativa del Sistema Nacional de Salut i es van establir sistemes de cooperació i de coordinació entre l'Estat i les comunitats autònomes, com a encarregades de la gestió dels serveis sanitaris, per a garantir la qualitat, l'equitat i la igualtat de tots els ciutadans.

La Llei de cohesió i qualitat del sistema incorpora els drets a una segona opinió facultativa, a rebre assistència dins d'un termini raonable (amb la regulació de les llistes d'espera) i a rebre la mateixa assistència en una comunitat autònoma diferent de la de residència del ciutadà. Al mateix temps, retalla el principi d'universalització de l'assistència i deixa fora de cobertura els estrangers que resideixen il·legalment al territori de l'Estat.

El Reial decret llei 16/2012 va introduir modificacions importants en els articles 3 i 8 de la Llei de cohesió: cal tenir la condició d'assegurat per a ser titular del dret a l'assistència sanitària i va redefinir la cartera de serveis, respectivament.

L'ordenació de les prestacions sanitàries es completa amb l'establiment d'una cartera de serveis del Sistema Nacional de Salut (article 20), que és igual per a totes les comunitats autònomes, a la qual cadascuna pot afegir els que consideri convenients, que a partir del Reial decret llei 16/12 consta d'una cartera

comuna bàsica, una cartera comuna suplementària, una cartera comuna de serveis accessoris, i una cartera de serveis complementaris de les comunitats autònomes. En el moment d'escriure aquestes línies (maig de 2013), està pendent de publicació el reglament que desenvolupa les noves disposicions sobre les carteres de serveis, i es manté vigent el que es va aprovar mitjançant el Reial decret 1030/2006, de 15 de setembre.

Les normes d'àmbit estatal, i de caràcter general, es completen amb la Llei 29/2006, de 26 de juliol, sobre garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris, que regula, detalladament, la producció, distribució i dispensació dels medicaments i productes sanitaris.

Altres disposicions regulen àmbits sectorials de la sanitat, entre les quals esmentem:

- La Llei 30/1979, de 27 d'octubre, sobre extracció i trasplantament d'òrgans.
- La Llei 14/2006, de 26 de maig, de tècniques de reproducció humana assistida.
- La Llei 14/2007, de 3 de juliol, de recerca biomèdica.
- La Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública.
- L'article 763 de la Llei d'enjudiciament civil, sobre internament forçós d'incapaços.

2.3. Tractament constitucional del dret a la protecció de la salut

En el capítol III del títol I de la Constitució espanyola de 1978, el legislador constituent reconeix la majoria dels que, en altres àmbits, són coneguts com a *drets econòmics, socials i culturals*, i els agrupa sota el títol de "Principis rectors de la política social i econòmica", entre els quals l'article 43 proclama el reconeixement del dret a la protecció de la salut i encomana als poders públics organitzar i tutelar la salut pública amb mesures preventives i de les prestacions i serveis necessaris.

Per desplegar aquesta disposició constitucional, el legislador va promulgar la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, a més d'altres normes que regulen parcel·les concretes de l'activitat sanitària i conformen així el marc legislatiu de la sanitat a Espanya, esmentada més amunt.

En contemplar els drets fonamentals, convé tenir en compte que la Constitució espanyola (en l'article 53) distingeix tres nivells de protecció dels drets que reconeix en el títol I, el més baix dels quals correspon als inclosos dins dels principis rectors de la política social i econòmica (articles 39 a 52), entre els quals hi ha el dret a la protecció de la salut, que manquen d'empara davant el Tribunal Constitucional i només es poden al·legar davant la jurisdicció ordi-

nària conforme a les lleis que els despleguin. Per aquest motiu, un sector de la doctrina sosté que, sense perdre el caràcter de drets fonamentals, incorporen un mandat al legislador per a organitzar l'activitat prestacional.

Respecte a això són interessants els comentaris de Manuel Jiménez de Parga en la conferència pronunciada amb motiu de l'obertura del X Congrés de Dret Sanitari, publicada en el llibre de ponències del Congrés (2003, Madrid: Ed. Mapfre), i d'Aurelio Desdentado Bonente, a "Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario" (núm. 5.913 de la revista *La Ley*, del 15 de desembre de 2003).

Una de les novetats principals de la Constitució espanyola de 1978 és el reconeixement d'autonomia política a nacionalitats i regions a les diferents comunitats autònomes i, d'aquesta manera, Estat i comunitats autònomes comparteixen el poder legislatiu i el poder executiu.

Pel que fa a l'àmbit sanitari, l'article 149.1.16 de la Constitució espanyola atribueix a l'Estat competència exclusiva en matèria de sanitat exterior i la legislació sobre productes farmacèutics; mentre que, en sanitat interior i assistència sanitària, Estat i comunitats autònomes comparteixen la competència legislativa, però correspon a l'Estat promulgar les normes bàsiques, exercir l'alta inspecció i la coordinació general de l'activitat prestacional. Per la seva banda, a les comunitats autònomes correspon dictar la legislació de desenvolupament i ocupar-se de l'execució de les normes, tant estatals com autonòmiques.

Quan aprofundim en l'estudi del tractament constitucional del dret a la protecció de la salut no ens ha de passar desapercibuda la connexió que té amb el dret a la vida i a la integritat reconeguts en l'article 15 de la norma constitucional, que ha estat posat de manifest pel Tribunal Constitucional en les sentències 62/07, de 27 de març, i 160/07, de 2 de juliol, entre altres, reconeixent que el dret al fet que no es danyi o perjudiqui la salut personal queda comprès en l'article 15, encara que només el que generi un perill greu i cert per a aquesta.

2.3.1. Desplegament legislatiu en matèria sanitària

En aquest apartat veurem les normes d'àmbit estatal i autonòmiques, així com d'altres normes que incideixen en l'àmbit sanitari.

Normes d'àmbit estatal

En el desenvolupament legislatiu de la norma que conté l'article 43 de la Constitució espanyola, dins del que podem denominar *legislació bàsica de l'Estat*, trobem dos tipus de normes:

- Les que tenen **caràcter general o global en el seu àmbit material**. Tenen vocació d'ordenar tot l'àmbit sanitari, entre les quals es troben:
 - La Llei orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública.
 - La Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat.
 - El Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà pel que fa a les aplicacions de la biologia i la biomedicina (conegut com el Conveni sobre els drets de l'home i la biomedicina; aprovat pel Consell d'Europa i signat a Oviedo el 4 d'abril de 1997, per la qual cosa se l'identifica com a Conveni d'Oviedo), les disposicions del qual han entrat a formar part de l'ordenament intern dels estats que l'han subscrit i ratificat (per a Espanya va entrar en vigor l'1 de gener de 2000).
 - La Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica.
 - La Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut.
 - La Llei 29/2006, de 26 de juliol, de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris.
 - La Llei 14/2007, de 3 de juliol, de recerca biomèdica.
 - La Llei 33/2011, de 4 d'octubre, general de salut pública.

Lectures complementàries

En el mercat hi ha diverses recopilacions de la legislació sanitària, molt útils com a obres de consulta. Les més recents són les següents:

J. M. Martínez-Pereda (2003). *Legislación sanitaria de España*. Madrid: Ed. Colex.

P. Rivas; M. D. García (dirs.) (2009). *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.

J. Corbella i Duch (2012). *Manual de derecho sanitario*. Barcelona: Editorial Atelier.

- Les de **caràcter sectorial**, que només preveuen una part o un aspecte de l'activitat sanitària, de les quals algunes es van dictar fins i tot abans que les normes generals. Són normes de regulació sectorial o parcial de l'àmbit sanitari:
 - La Llei 30/1979, de 27 d'octubre, sobre extracció i transplantament d'òrgans.
 - La Llei 30/1980, de 21 de juny, per la qual es regulen les autòpsies clíniques.
 - La Llei 10/1986, de 17 de març, sobre odontòlegs i altres professions relacionades amb la salut dental.
 - La Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida.
 - La Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi penal, en les disposicions que incideixen en l'activitat sanitària i, de manera especial, l'article 156, paràgraf 2n., sobre esterilització d'incapaços i l'article 156-bis sobre tràfic il·legal d'òrgans humans.
 - La Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals.
 - La Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en què l'article 763 regula l'internament no voluntari per raó de trastorn psíquic (relacionat amb els articles 29, 30, 199 i 200 del Codi civil) i l'article 256-b-bis parla de la tramitació de diligències preliminars per a sol·licitar còpia de la història clínica.
 - La Llei 44/2003, de 21 de novembre, d'ordenació de les professions sanitàries.
 - La Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut.
 - Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva, i d'interrupció voluntària de l'embaràs.

Policia sanitària mortuòria

Deixem de banda les normes sobre policia sanitària mortuòria, ja que, si bé incideixen en aspectes de salut pública, no es refereixen a l'assistència sanitària de la persona i s'apliquen una vegada esgotades o acabades les prestacions sanitàries.

Normes principals de les comunitats autònomes

Juntament amb les lleis anteriors, també hem de situar les normes que han estat dictades per les diferents comunitats autònomes en l'àmbit sanitari, entre les quals, i per a cada autonomia, també podem classificar les que tenen caràcter general i les sectorials.

Referència bibliogràfica

Podeu consultar les diferents normes de les comunitats autònomes en l'espai de recursos de l'aula.

Per a cada comunitat autònoma, a més dels estatuts d'autonomia respectius, tenen la consideració de normes sanitàries de caràcter general, excusant una relació més detallada, les següents:

Taula 7

Andalusia	Llei 2/1998, de 15 de juny, de salut. Llei 8/1986, de 6 de maig, de regulació del Servei Andalus de Salut. Llei 2/2010, de 8 d'abril, de drets i garanties de la dignitat de la persona en el procés de mort.
Aragó	Llei 6/2002, de 15 d'abril, de salut d'Aragó. Decret Legislatiu 2/2004, de 30 de desembre, que aprova el Text refós de la llei del Servei Aragonés de Salut. Llei 10/2011, de 24 de març, de drets i garanties de la dignitat de la persona en el procés de morir i en la mort.
Astúries	Llei 1/1992, de 2 de juliol, de creació del Servei de Salut del Principat.
Canàries	Llei 11/1994, de 26 de juliol, d'ordenació sanitària de Canàries.
Cantàbria	Llei 7/2002, de 10 de desembre, d'ordenació sanitària.
Castella - la Manxa	Llei 8/2000, de 30 de novembre, d'ordenació sanitària de Castella - la Manxa. Llei 6/2005, de 7 de juliol, sobre la declaració de voluntats anticipades en matèria de la pròpia salut.
Castella i Lleó	Llei 8/2003, de 8 d'abril, sobre drets i deures de les persones en relació amb la salut. Llei 8/2010, de 30 d'agost, d'ordenació del sistema de salut de Castella i Lleó.
Catalunya	Llei 15/1990, de 9 de juliol, d'ordenació sanitària de Catalunya. Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient i la documentació clínica. Llei 7/2003, de 25 d'abril, de protecció de la salut. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (art. 212-1 a 212-7, i art. 235-8 i 235-13).
Extremadura	Llei 10/2001, de 28 de juny, de salut d'Extremadura. Llei 3/2005, de 8 de juliol, d'informació sanitària i autonomia del pacient.
Galícia	Llei 8/2008, de 10 de juliol, de salut de Galícia. Llei 3/2001, de 28 de maig, reguladora del consentiment informat i de la història clínica dels pacients.
Illes Balears	Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les illes Balears. Llei 1/2006, de 3 de març, de voluntats anticipades.
Madrid	Llei 12/2001, de 21 de desembre, d'ordenació sanitària de la Comunitat de Madrid (deroga el capítol III de la Llei 9/1984, de 30 de maig, de creació del Servei Regional de Salut, Servei Regional de Benestar Social i Institut Regional d'Estudis). Llei 3/2005, de 23 de maig, per la qual es regula l'exercici del dret a formular instruccions prèvies en l'àmbit sanitari i es crea el registre corresponent.
Múrcia	Llei 4/1994, de 26 de juliol, de salut de la Regió de Múrcia.
Navarra	Llei foral 10/1990, de 23 de novembre, de salut (modificada per la Llei foral 5/2002, de 21 de març). Llei foral 11/2002, de 6 de maig, sobre drets del pacient a les voluntats anticipades, a la informació i a la documentació clínica.

País Basc	Llei 8/1997, de 26 de juny, d'ordenació sanitària del País Basc. Llei 7/2002, de 12 de desembre, de les voluntats anticipades en l'àmbit sanitari.
La Rioja	Llei 2/2002, de 17 d'abril, de creació del Servei de la Rioja de Salut. Llei 9/2005, de 30 de setembre, reguladora de les instruccions prèvies en l'àmbit sanitari.
Comunitat Valenciana	Llei 8/1987, de 4 de desembre, de creació del Servei Valencià de Salut. Llei 3/2003, de 6 de febrer, d'ordenació sanitària de la Comunitat Valenciana. Llei 4/2005, de 17 de juny, de salut pública de la Comunitat Valenciana.
Melilla	Reial decret 1515/2005, de 16 de desembre, sobre traspassos en matèria de sanitat.
Ceuta	Decret de la Presidència de la Ciutat de 31 de juliol de 2001.

Altres normes que incideixen en l'àmbit sanitari

A més de les normes jurídiques esmentades anteriorment, dictades especialment per a regular, en tot o en part, l'àmbit sanitari, no podem desconèixer les normes que, amb un caràcter més general o global, regulen les relacions jurídiques i, entre aquestes i sense voler ser exhaustius, cal assenyalar:

- El Codi civil, promulgat pel Reial decret, de 24 de juliol de 1889, especialment:
 - Articles 29, 30 i 32, sobre el naixement i la mort de les persones naturals.
 - Articles 35 a 39, sobre les persones jurídiques.
 - Article 108 i següents, sobre paternitat i filiació.
 - Article 215 i següents, sobre la tutela.
- La Llei del registre civil, de 8 de juny de 1957, i el seu reglament, de 14 de novembre de 1958, que regula les inscripcions de naixement i de defunció de les persones físiques o naturals. Aquestes normes queden derogades amb l'entrada en vigor de la nova Llei del registre civil de 20/2011, de 21 de juliol, que ho ha de fer al cap de tres anys de la seva publicació (22/07/14).
- La Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, sobre protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.
- La Llei orgànica 15/99, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.
- El Reial decret legislatiu 1/07, de 16 de novembre, que aprova el Text refós de la llei general per a la defensa de consumidors i usuaris i altres lleis complementàries. S'aplica a tots els prestadors de serveis, sense exclusió dels sanitaris, previstos expressament en l'article 148.

- La Llei 25/2009, de 22 de desembre, que modifica diverses lleis per adaptar-les a la Llei 17/2009, de 23 de novembre, de lliure accés a les activitats de serveis (anomenada *Llei omnibus*)

Normes forals

Aquí s'esmenta el Codi civil pel caràcter general que té, però cal advertir que algunes de les disposicions que inclou no són aplicables a les comunitats autònomes que tenen normes civils pròpies (anomenades *forals*) com és el cas de les Balears, Catalunya, Aragó, Navarra, el País Basc i Galícia.

3. Protecció de la informació disponible en el servei de treball social sanitari

- **Informació.** Adquisició o comunicació de coneixement sobre una matèria o una persona, limita amb la intimitat personal.
- **Intimitat.** Àmbit tancat a tota intromissió, immune a indagacions o perquisicions dels altres.
- **Confidencialitat.** Compartir secrets amb algú.
- **Dada personal.** Qualsevol informació que concerneixi persones físiques identificades o identificables.
- **Dada de salut.** Qualsevol informació relativa a la salut passada, present i futura, física o mental, d'un individu (inclosa la referida a l'abús d'alcohol, el consum de drogues, la informació genètica i les dades psicològiques).

3.1. Plantejament general

Tot el que està relacionat amb la informació, en tant que comporta l'adquisició i comunicació o transmissió de coneixements i de notícies sobre algú, incideix en el dret a la intimitat personal i algunes vegades hi xoca. Per aquesta raó, quan es tracta d'estudiar qüestions relacionades amb la informació i les dades personals, és convenient partir de la delimitació conceptual del dret a la intimitat.

En un món global (el veïnatge universal) en el qual, potser com a reacció defensiva, cada dia que passa augmenta l'individualisme, les tensions entre el dret a la intimitat i el dret a la informació s'incrementen i per això es fa necessari conèixer els límits de tots dos.

3.1.1. La intimitat personal

El dret a la intimitat personal forma part dels drets de la personalitat instituits per a protegir l'essència de l'ésser humà i les seves qualitats més importants. El seu reconeixement entre els drets humans, o fonamentals, es va produir en èpoques relativament recents, a partir de l'obra de S. Warren i L. Brandeis "The Right to Privacy", publicada en el *Harvard Law Review* el 15 de desembre de 1890, que es va desenvolupar ràpidament i es va recollir en la Declaració universal dels drets humans de 1948 i en els tractats internacionals posteriors sobre la matèria, i també en les constitucions dels diferents estats.

Referència bibliogràfica

S. Warren; L. Brandeis (1890). "The Right to Privacy". *Harvard Law Review* (vol. IV).

L'article 18 de la Constitució espanyola de 1978 diu el següent:

“1) Es garanteix el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

4) La llei limitarà l'ús de la informàtica per tal de garantir l'honor i la intimitat personal dels ciutadans i el ple exercici dels seus drets”.

No obstant això, les normes que reconeixen el dret a la intimitat no n'estableixen el contingut i hem d'acudir al metallenguatge dels usos socials per a tenir una definició del seu contingut, d'on resulta que la intimitat es configura com un àmbit tancat a tota intromissió, immune a tota indagació o perquisició dels altres en què l'individu guarda els fets o dades el coneixement dels quals reserva per a si mateix.

En el camí seguit en la cerca d'una definició de la intimitat, es va partir de la idea del dret a estar sol, o a estar apartat dels altres, fins a unir-la a la noció de control sobre la informació de cadascú, i al concepte d'autodeterminació informativa, assenyalant el caràcter dinàmic del dret a la intimitat, i la seva relació amb el dret al lliure desenvolupament de la personalitat.

La intimitat és una esfera tancada per als altres, un àmbit d'activitat pròpia de cada individu i, en aquest sentit, el Tribunal Constitucional en la sentència 196/2004, de 15 de novembre, diu el següent:

“La intimitat garanteix a l'individu un àmbit reservat de la seva vida enfront del coneixement i l'acció de tercers, tant si aquests són ens públics com simples particulars, que està lligat al concepte de dignitat i el lliure desenvolupament de la personalitat”.

En definitiva, el dret a la intimitat es concreta en la possibilitat d'excloure del coneixement dels altres els aspectes (fets, circumstàncies, informació) que una persona guardi per a si mateixa.

El dret a la intimitat té un contingut positiu, referit a la protecció de les matèries que alberga, i un altre de negatiu, que consisteix a impedir el coneixement dels altres.

Cada persona, segons el seu comportament, defineix l'àmbit de la seva intimitat o de la seva esfera secreta i per això podem afirmar que, com més pública és la vida d'una persona, més petita és la seva esfera d'intimitat. Així ho reconeix la sentència del Tribunal Constitucional 206/07, de 24 de setembre (f. 5) quan diu que “correspon a cada persona delimitar l'àmbit d'intimitat personal i familiar que reserva al coneixement aliè”. Per la qual cosa, normalment, es diu que la intimitat s'ha de definir en cada cas.

Les dades relatives a la salut de les persones es consideren especialment sensibles (dins del nucli dur, o de màxima reserva de la intimitat personal), i, precisament per això, són objecte d'especial protecció.

Amb relació a l'accés i utilització de les dades sobre la salut d'una persona, resulta especialment il·lustrativa la sentència del Tribunal Constitucional 70/09, de 23 de març, que, emparant i reconeixent el dret a la intimitat personal, declara nul·les i sense efecte una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Galícia i unes resolucions de la Conselleria d'Educació d'aquesta comunitat autònoma, que declaraven jubilat un funcionari per incapacitat permanent, perquè la declaració d'incapacitat es basava en dos informes del metge psiquiatre del funcionari jubilat, que no van ser aportats per aquest a l'expedient, i als quals la Conselleria havia accedit sense la seva autorització.

3.1.2. La confidencialitat

La confidencialitat, paraula formada per la unió de *con* i *fides*, equival a tenir fe en un altre, a fiar-se'n, compartir i tenir seguretat recíproca. El diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola ens diu que una confidència és una "revelació secreta, notícia reservada".

En definitiva, la paraula *confidencialitat* significa compartir un secret amb algú i es presenta com un mitjà o instrument per a protegir el secret. Potser no hàgim de parlar pròpiament d'obligació de confidencialitat, sinó d'obligació de secret, derivada del coneixement en confiança.

Mitjançant la notícia confidencial es comparteix el coneixement de l'àmbit més íntim de la persona, que es correspon amb l'esfera del secret i així, mantenint el secret, es respecta el dret a la intimitat de l'altre.

La confidencialitat pot ser voluntària o forçosa. La informació que transmeten els malalts (o els seus familiars) als professionals sanitaris durant el desenvolupament de la relació assistencial s'inscriu en la confidencialitat forçosa perquè és totalment necessària per a organitzar i dispensar l'assistència.

Els professionals de la sanitat, inclosos els treballadors socials sanitaris, reben informació sobre l'àmbit més íntim i reservat de les persones que hi acudeixen per demanar atenció sanitària. Els fan partícips dels seus secrets. Coneixen, a més del seu estat de salut passat i present, els hàbits, costums, relacions, formes de vida, tendències sexuals, sentiments, aficions o desitjos.

El secret no és, per tant, un dret del professional, sinó una obligació que pesa sobre aquest per a protegir la intimitat de l'altre (el client, el pacient o l'usuari), i la normativa legal reforça el compliment d'aquesta obligació amb la imposició de sancions, fins i tot de caràcter penal, als qui violin tal obligació divulgant les dades conegudes.

3.1.3. La dada personal

La protecció de les dades de caràcter personal està íntimament lligada al reconeixement i a la protecció del dret a la **intimitat** i, per això, qualsevol estudi d'aquesta s'ha de fer des de la perspectiva del dret a la intimitat. Entenem per **dada de caràcter personal** "qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables" (article 3.a) de la Llei orgànica 15/99 de protecció de dades de caràcter personal.

No és necessària una coincidència plena entre la dada i la persona. Tenen aquesta consideració les dades que, sense esforços desproporcionats, permeten identificar una persona, segons el criteri de la jurisprudència (SAN 08/03/02) i, per això, en determinades circumstàncies, els números d'identificació es poden considerar dades de caràcter personal. És suficient la mera possibilitat d'identificar una persona física perquè la informació adquireixi la naturalesa de dada personal (per exemple, la matrícula d'un vehicle, un correu electrònic, el número de telèfon, enregistraments de veu).

Entenem per **dades de salut** qualsevol informació relativa a la salut passada, present i futura, física o mental, d'un individu, incloent-hi les informacions relatives a l'abús d'alcohol o al consum de drogues, i també les informacions genètiques i les dades psicològiques extretes d'expedients mèdics, segons la Recomanació R(97) 5, de 13 de febrer, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, l'apartat 45 de la memòria explicativa del Conveni 108 del Consell d'Europa per a la protecció de les persones pel que fa al tractament automatitzat de dades de caràcter personal, de 28 de gener de 1981, i l'article 8.1 de la Directiva 95/46/CE, de 24 d'octubre de 1995.

Per la seva banda, el Reglament de la Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal, aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre (article 5), defineix amb més precisió els conceptes:

"Dades de caràcter personal, qualsevol informació numèrica, alfabètica, gràfica, fotogràfica, acústica o de qualsevol altre tipus, referent a persones físiques identificades o identificables.

Dades de caràcter personal relacionades amb la salut, les informacions referents a la salut passada, present i futura, física o mental, d'un individu. En particular, es consideren dades relacionades amb la salut de les persones les que es refereixen al percentatge de discapacitat i a la informació genètica".

3.1.4. La Llei de protecció de dades de caràcter personal

Per al desenvolupament de l'article 18.4 de la Constitució, que garanteix el dret a la intimitat i limita l'ús de la informàtica, s'ha dictat la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, sobre el tractament de dades de caràcter personal, que té per finalitat la protecció dels drets individuals de les persones físiques,

especialment el dret a la intimitat, en el tractament de les dades personals, i és aplicable a les dades de caràcter personal registrades en suports de caràcter físic que les facin susceptibles d'un tractament posterior.

Als efectes de la mateixa norma, l'article 3 conté les definicions legals de diferents conceptes utilitzats, com ara la dada de caràcter personal, el fitxer, l'interessat o afectat, el procediment de dissociació, la cessió o comunicació de dades, el tractament de dades, l'encarregat del tractament i el responsable del fitxer. Per al que aquí interessa, cal assenyalar que s'entén per **fitxer** "qualsevol conjunt organitzat de dades de caràcter personal, independentment de la forma o modalitat de la seva creació, emmagatzematge, organització i accés".

Mitjançant la Llei orgànica 15/99, de 13 de desembre, s'incorporen a la normativa interna de l'Estat les disposicions del Conveni 108 del Consell d'Europa, de 28 de gener de 1981, per a la protecció de les persones respecte al tractament automatitzat de dades de caràcter personal, i la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació de dades (tingueu en compte que aquesta directiva està en procés de revisió i de modificació).

El Tribunal Constitucional, en les sentències 254/93, de 20 de juliol; 254/00, de 30 de novembre; i, les 290/00 i 292/00, totes dues de 30 de novembre, entre altres, ha establert que en l'article 18.4 de la Constitució es consagra un dret o llibertat fonamental, que excedeix el dret fonamental a la intimitat, i que es tradueix en un dret al control sobre les dades relatives a la mateixa persona inserits en un programa informàtic (el denominat *habeas data* o *llibertat informàtica*), enfront dels titulars, públics o privats, dels fitxers de dades personals, partint del coneixement d'aquests fitxers, del seu contingut, ús i destinació.

L'STC 292/00 sistematitza les diferències entre els drets fonamentals a la intimitat i a l'autodeterminació informàtica, reconeguts en els articles 18.1 i 18.4 de la Constitució.

El tractament de les dades de caràcter personal només s'admet en relació amb l'àmbit o finalitat amb què s'hagin recollit. Així, s'ha de procurar per la seva exactitud i veracitat i permetre'n l'accés, la rectificació i la modificació, i també procedir a cancel·lar-les quan no siguin necessàries per a la finalitat per a la qual van ser obtingudes.

En el moment de sol·licitar o de recollir les dades de caràcter personal cal informar l'interessat de la finalitat amb la qual es demanen, de l'existència del fitxer en què es guardaran, de la identitat del seu responsable i de la possibilitat d'exercir els drets d'accés i de rectificació.

En la sentència 96/12, de 7 de maig, reiterant la doctrina de resolucions anteriors, el Tribunal Constitucional va reconèixer el dret de l'interessat a oposar-se a la utilització de les seves dades personals amb finalitats diferents de la finalitat legítima que en va justificar l'obtenció. En aquest sentit, resulta significativa la sentència 196/04, de 15 de novembre, del mateix Tribunal Constitucional, en que s'accepta el recurs interposat per una treballadora que, en passar un reconeixement mèdic en el servei de vigilància de la salut, va ser qualificada de "no apta" quan el resultat de l'anàlisi d'orina a què es va sotmetre va superar uns determinats límits referits al consum de cànnabis, ja que la treballadora no va ser informada prèviament de la finalitat d'aquesta anàlisi i no en va consentir la utilització.

Per a procedir al **tractament** de les dades de caràcter personal, i tret que la llei disposi una altra cosa, es necessita el **consentiment previ** de l'interessat, que pot ser revocat en qualsevol moment.

Les dades que facin referència a la salut de les persones estan especialment protegides i es reforça l'exigència de consentiment de l'interessat, que ha de ser exprés. No obstant això, per al tractament de les dades de salut, s'estableix un règim especial i l'article 7.6 admet que puguin ser objecte de tractament:

"Quan aquest **tractament** resulti necessari per a la prevenció o per al **diagnòstic mèdic**, la prestació d'assistència sanitària o de **tractaments mèdics** o la **gestió de serveis sanitaris**, sempre que el tractament de dades **l'efectuï un professional sanitari subjecte al secret professional** o una altra persona subjecta a una obligació equivalent de secret".

L'article 8 de la Llei orgànica 15/1999 estableix un règim especial en relació amb les dades personals de salut en disposar el següent:

"Les **institucions i els centres sanitaris** públics i privats i els **professionals** corresponents **poden procedir al tractament** de les dades de caràcter personal relatives a la salut de les persones que hi acudeixin o hi hagin de ser tractades, **d'acord amb el que disposa la legislació estatal o autonòmica sobre sanitat**".

D'aquesta manera veiem com la Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal estableix un règim especial en l'àmbit de la sanitat, en admetre que els professionals, centres i institucions puguin procedir al tractament de les dades de salut quan resulti necessari per a efectuar el diagnòstic i el tractament mèdic o la gestió dels serveis.

Les normes sanitàries (Llei 14/1986 general de sanitat i Llei 41/2002 sobre autonomia del pacient, entre altres) imposen el deure de secret, derivat del coneixement confidencial de dades personals, als professionals de la sanitat. El deure de secret cobreix l'activitat de qualsevol persona que actua en l'àmbit de la sanitat i també s'estén al tractament de dades dins de l'activitat prestacional o organitzativa.

Dit d'una altra manera, en l'àmbit sanitari, es considera implícit el tractament de dades personals i per això la llei l'admet, sempre que l'efectuï una persona vinculada pel deure de guardar secret i conforme al que preveu la legis-

Exemple de protecció de dades

Esmentar el nom del malalt i del diagnòstic en el full de petició de rajos X, en la consulta a un especialista o en el full de derivació per a fisioteràpia.

lació sectorial corresponent. L'article 16.3 de la Llei 41/2002, reguladora de l'autonomia del pacient, s'expressa en aquest sentit, després de la modificació introduïda per la disposició final 3a. de la Llei 33/11 general de salut pública, que permet l'accés a les històries clíniques per a prevenir un risc o perill greu per a la salut de la població per personal sanitari subjecte al secret professional, o per una altra persona subjecta a una obligació equivalent al secret.

Per tant, per a la recollida, el tractament, la cessió i la conservació de dades personals en l'àmbit sanitari s'han d'aplicar, en primer lloc, les normes sanitàries, i queden en segon terme les que conté la Llei orgànica 15/1999.

L'aplicació d'aquestes normes en l'activitat pròpia del treball social sanitari, que té lloc entre l'àmbit sanitari estricte i l'àmbit de les institucions i prestacions sociosanitàries, pot generar algun tipus de problema, ja que el règim especial per al tractament de dades personals es refereix a l'àmbit estrictament sanitari i el legislador no va preveure les actuacions sociosanitàries. Així una aplicació estricta de la norma obliga a sol·licitar l'autorització prèvia del malalt per a recollir i tractar les seves dades personals amb la finalitat d'organitzar la prestació dels recursos socials que necessiti (internament en centres residencials de suport o inclusió en les xarxes d'assistència social domiciliària, per exemple).

3.2. La informació dels serveis de treball social sanitari

Sovint sorgeix una certa polèmica sobre l'accés dels treballadors socials sanitaris (integrats en hospitals i centres de salut) a les dades personals sanitàries i, per tant, a les històries clíniques, dels malalts que reben assistència als centres on aquells duen a terme les seves funcions.

Els arguments en pro i en contra s'acostumen a concentrar entorn del dilema de si el treball social sanitari té la naturalesa de professió sanitària o no.

Sobre aquest particular, sense entrar en cap tipus de discussió, la Secció 19a. de l'Audiència Provincial de Barcelona va dictar una sentència el 13 de desembre de 2004, núm. 586/04 (base de dades Aranzadi AC 2005/10), en un recurs derivat de la reclamació d'un malalt d'esclerosi múltiple, el nom del qual apareixia en una llista confeccionada i difosa pels treballadors socials d'un CAP amb la finalitat de constituir un grup de suport per al tractament d'aquesta malaltia.

Sobre aquest tema, i respecte de la consideració del treball social sanitari, com a professió i activitat sanitària, el Tribunal de Barcelona fa les consideracions següents:

“No hi ha dubte que l'accés dels **assistents socials** a les dades de la demandant es trobava emparat en la **funció** que el nostre sistema sanitari els atribueix, si bé sotmès al deure de secret”, i afegeix, respecte del cas concret sotmès a judici, que “tampoc no trobem objecció en la utilització d'aquestes dades a fi d'organitzar activitats adequades a les seves funcions i que s'entenen positives per al tractament general del pacient”.

En un altre paràgraf, amb més contundència, afirma:

“Hem d’emmarcar els fets en l’àmbit concret en el qual es produeixen, això és, l’activitat pròpia de la funció dels treballadors socials i com a instrument per a la seva assistència adequada”.

Tanca l’exposició argumentativa amb aquest paràgraf:

“No podem considerar l’activitat de formació d’un grup de suport als malalts d’una dolència concreta com la que pretenen les **treballadores socials** sinó com una **actuació en l’àmbit de salut d’aquells en l’exercici de les tasques pròpies d’aquestes treballadores [...]**”.

En definitiva, al treball social sanitari, al seu exercici, documentació i registre, s’apliquen les mateixes normes sanitàries que a les altres professions sanitàries.

3.2.1. La història social com a part de la història clínica

La Llei 41/2002 defineix la història clínica (HC) com el conjunt de documents que conté les dades, valoracions i informacions de qualsevol índole sobre la situació i l’evolució clínica d’un malalt al llarg del procés assistencial.

Convé fixar-se que, dins del concepte d’HC, la Llei inclou tant les dades com les valoracions de qualsevol índole sobre la situació i l’evolució del malalt. Amb l’expressió *de qualsevol índole* és clar que també s’inclouen els informes socials, que comprenen les dades sobre la situació personal, familiar, laboral i social de les persones, per la incidència que aquelles tenen en la seva salut i en el procés de curació. I el professional especialitzat en el coneixement i tractament d’aquestes dades és el treballador social sanitari.

Els serveis de treball social sanitaris treballen integrats en els equips assistencials i participen en la presa de decisions terapèutiques i en la seva execució amb més o menys intensitat segons es tracti d’un servei o d’un altre, o segons la patologia.

Tenint en compte el que acabem de dir, és fàcil imaginar que la informació que manegen els treballadors socials sanitaris ha de quedar integrada en les històries clíniques dels malalts i formar-ne part, però l’article 15.2 de la Llei 41/2002, que assenyala el contingut mínim de la història clínica, esmenta fins a un total de setze documents, que són els següents:

- a) La documentació relativa al full clinicoestadístic.
- b) L'autorització d'ingrés*.
- c) L'informe d'urgència*.
- d) L'anamnesi i l'exploració física.
- e) L'evolució.
- f) Les ordres mèdiques.
- g) El full d'interconsulta.
- h) Els informes d'exploracions complementàries.
- i) El consentiment informat*.
- j) L'informe d'anestèsia*.
- k) L'informe de la sala d'operacions o del registre del part*.
- l) L'informe d'anatomia patològica*.
- m) L'evolució i planificació de cures d'infermeria.
- n) L'aplicació terapèutica d'infermeria.
- ñ) El gràfic de constants*.
- o) L'informe clínic d'alta*.

L'asterisc (*) assenyala que només són exigibles en la història clínica d'hospitalització.

No es fa cap referència a la història social, o als fulls socials, que confeccionen els treballadors socials amb relació als problemes socials associats a la malaltia o que hi incideixen, a les gestions que s'han fet per a atendre'ls i a les solucions que s'ofereixen o apliquen, que sens dubte també formen part del procés assistencial, en tant que s'orienten a la recuperació de la salut i el benestar de la persona.

Cal esperar que les diferents comunitats autònomes, en l'àmbit de les seves competències per al desenvolupament de la Llei 41/2002, siguin sensibles a aquesta qüestió i regulin la incorporació de la història social a la història clínica, en la línia del que disposa la Llei 21/2000 de la Generalitat de Catalunya sobre autonomia del pacient i regulació de la història clínica, l'article 10 de la qual, dedicat al contingut de la història clínica, hi inclou l'informe social, en el cas que es produeixi.

Mentre no aparegui una normativa de caràcter general sobre aquest tema, han de ser les disposicions internes, les instruccions i circulars, i molt especialment, la pràctica professional, uniforme i reiterada, les que marquin la pauta, establint i consolidant les normes d'actuació sobre aquest tema.

En tractar de la història social com a part de l'HC, al seu contingut els són aplicables les normes sobre conservació i accés que contenen la Llei 41/2002 i les normes autonòmiques, inclosa la possibilitat de fer reserva de les anotacions subjectives, que, per la seva pròpia indefinició conceptual, donen lloc a discussions i polèmiques, especialment si tenim en compte que "les valoracions" formen part de l'HC, tal com hem dit abans.

3.2.2. Les dades personals de caràcter sociosanitari

No hi ha dubte que les dades que manegen els treballadors socials sanitaris són dades de caràcter personal, ja que permeten identificar una persona. Aquestes dades s'han de referir a la salut en uns casos i, en altres, a altres àmbits de l'activitat del malalt, per això aquest apartat es titula així.

Tampoc no podem dubtar que aquestes dades de caràcter personal formen part de l'esfera íntima o de secret de la persona, ja que es refereixen als hàbits de vida, a les relacions personals, a les aficions, als sentiments i a les tendències. El treballador social coneix les relacions laborals del malalt, els ingressos, la família i amics, fins i tot la religió que professa, i també l'orientació sexual i les tendències polítiques.

En conclusió, el treballador social treballa (valgui la redundància) amb dades personals altament sensibles i especialment protegides i, malgrat que la informació que maneja no s'inclogui, legalment, en la història clínica del malalt, es troba subjecta al deure de secret igual que els altres professionals de la sanitat i s'hi troba per dos motius: la seva vinculació a l'activitat sanitària, i el coneixement que té de les dades personals del malalt especialment protegides, encara que no són de caràcter sanitari.

3.2.3. Mesures de protecció de la intimitat / responsabilitats

Independentment de les responsabilitats administratives que en forma de sancions administratives (multes) pugui imposar l'Agència Espanyola de Protecció de Dades en la seva tasca de vigilància del compliment de la Llei orgànica 15/1999, la divulgació no consentida de dades de caràcter personal pot generar responsabilitat civil en aplicació de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, i també pot ser constitutiva del delictes de descobriment i revelació de secrets previst en els articles 197 i 199 del Codi penal, i castigat amb presó d'un a quatre anys, multa de dotze a vint-i-quatre mesos i inhabilitació per a l'exercici de la professió de dos a sis anys.

En aquest sentit té un significat exemplar la Sentència del Tribunal Suprem (2a.), de 4 d'abril de 2001, que condemna a penes d'un any de presó i dos d'inhabilitació, multa i indemnització, una metgessa que va revelar a la seva mare les intervencions abortives a què s'havia sotmès en el passat una coneguda de totes dues, de les quals va tenir coneixement perquè la malalta era tractada de nou a l'hospital on ella treballava.

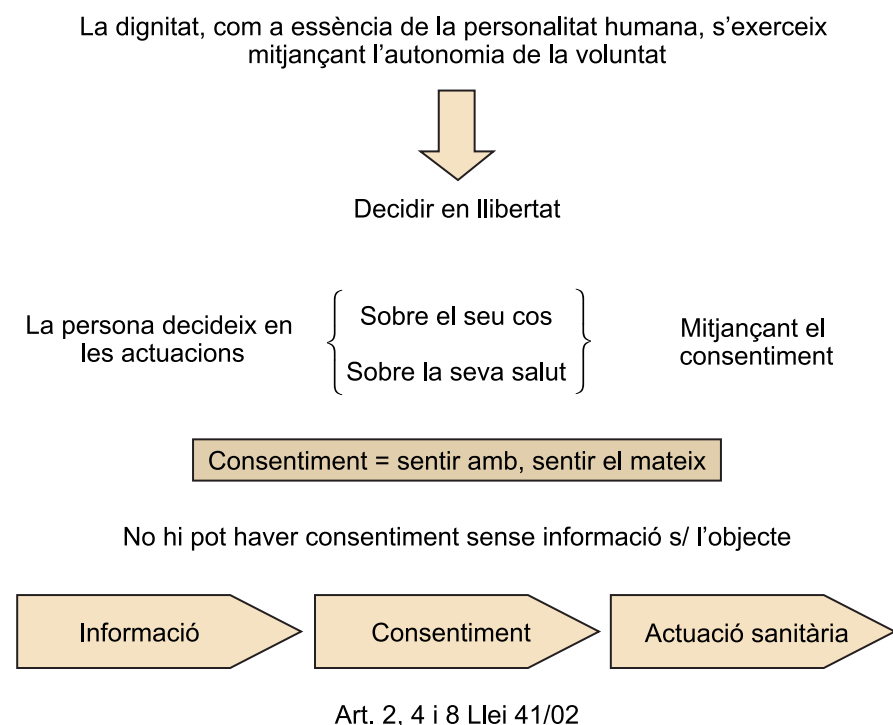
Els comentaris inadequats, dins i especialment fora de la feina, els xafardejos i les indiscrecions, encara que s'hagin produït sense mala intenció, en tant que donen a conèixer aspectes íntims (secrets) dels altres poden tenir conseqüències greus per a qui els provoca.

No solament el personal assistencial pròpiament dit, sinó tothom qui treballa amb dades personals sobre la salut i dins de l'esfera del secret, conegudes en el curs de la seva activitat professional, ha de tenir present el deure de secret que l'afecta i respectar-lo en tot moment perquè fent-ho així respecta la llibertat i la dignitat dels altres, la qual cosa és el fonament de la convivència.

4. El consentiment del pacient a l'activitat mèdica

4.1. Consideració general: el consentiment del pacient

Figura 1



En una societat democràtica, en què es reconeixen els drets individuals de la persona, és obligat respectar els drets de la personalitat que, en tant que constitueixen manifestacions de la dignitat, formen part de l'essència humana.

La dignitat de l'home deriva de la seva racionalitat, això és, de la seva capacitat cognitiva i volitiva, que exerceix mitjançant l'**autonomia de la voluntat** i en decidir en llibertat sobre totes les qüestions que l'afecten.

El respecte de la llibertat, que la Constitució de 1978 reconeix com a valor superior en l'article primer, és la norma que ha de guiar qualsevol actuació o relació interpersonal, incloses les relacions assistencials i les sanitàries.

Per això no ha d'estranyar que per a legitimar una actuació mèdica sobre el cos del pacient s'exigeixi que aquest hi hagi **donat el consentiment previ**. Però aquest consentiment només és vàlid i eficaç si també prèviament, en un altre moment, s'ha proporcionat al malalt tota la **informació** disponible sobre el seu estat o malaltia, i també sobre les alternatives de tractament.

Aquestes exigències es troben recollides en els articles 2, 4 i 8 de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient, les disposicions dels quals es transcriuen tot seguit.

“Article 2. Principis bàsics.

[...]

2) Qualsevol actuació en l'àmbit de la sanitat requereix, amb caràcter general, el consentiment previ dels pacients o usuaris. El consentiment, que s'ha d'obtenir després que el pacient rebi una informació adequada, s'ha de fer per escrit en els casos que preveu la Llei.

3) El pacient o usuari té dret a decidir lliurement, després de rebre la informació adequada, entre les opcions clíniques disponibles.

[...]

Article 4. Dret a la informació assistencial.

1) Els pacients tenen dret, amb motiu de qualsevol actuació en l'àmbit de la seva salut, a conèixer qualsevol informació disponible sobre la pròpia salut, tret dels casos que exceptua la Llei. A més, qualsevol persona té dret al fet que es respecti la seva voluntat de no ser informada. La informació, que com a regla general es proporciona verbalment i de la qual es deixa constància en la història clínica, comprèn, com a mínim, la finalitat i la naturalesa de cada intervenció, els riscos i les conseqüències.

3) La informació clínica forma part de totes les actuacions assistencials, ha de ser veritable, s'ha de comunicar al pacient de forma comprensible i adequada a les seves necessitats i l'ha d'ajudar a prendre decisions d'acord amb la seva pròpia i lliure voluntat.

[...]

Article 8. El consentiment informat.

1) Qualsevol actuació en l'àmbit de la salut d'un pacient necessita el consentiment lliure i voluntari de l'afectat, una vegada que, rebuda la informació que preveu l'article 4, hagi valorat les opcions pròpies del cas.

2) El consentiment ha de ser verbal per regla general. Tanmateix, s'ha de prestar per escrit en els casos següents: intervenció quirúrgica, procediments diagnòstics i terapèutics invasius i, en general, aplicació de procediments que suposen riscos o inconvenients de notòria i previsible repercussió negativa sobre la salut del pacient.”

Convé advertir la contundència amb la qual s'expressa el legislador, amb la intenció de no deixar cap actuació sanitària fora del consentiment previ del pacient. L'article 2 diu:

“Qualsevol actuació [...] requereix, amb caràcter general, el consentiment previ dels pacients o usuaris”.

Per això, qualsevol actuació sanitària (exploració, tractament o estudi) requereix el consentiment previ, excepte en els supòsits exclosos expressament d'aquest per la norma legal.

4.2. Aproximació conceptual

Consentiment deriva de la unió de les paraules llatines *con* i *sentire*, que signifiquen ‘sentir amb’ o ‘sentir el mateix’. Amb això volem expressar la coincidència de voluntats en un objecte o actuació. Per tant, és un concepte espiritual, de coincidència en el sentir o en el voler.

No es tracta d’una qüestió material, sinó espiritual i requereix el diàleg i la comunicació de les parts, ja que el consentiment només es produeix després que cadascuna exposi a l’altra la seva voluntat, intencions o interessos. La coincidència només es produeix després de conèixer les posicions respectives. Per això és important la informació, que es constitueix en un requisit previ i imprescindible perquè hi hagi consentiment.

Tingueu en compte que sempre hi ha d’haver consentiment sanitari. Així ho expressa l’article 2.2 de la Llei 41/2002, transcrit més amunt, que comença dient “**Qualsevol actuació en l’àmbit de la sanitat**”, i, atès que no hi pot haver consentiment sense informació, l’article 4.1, referit a la informació sanitària, s’expressa amb la mateixa contundència en disposar que s’ha de produir “**amb motiu de qualsevol actuació en l’àmbit de la salut**”.

Des d’aquesta perspectiva, i tenint en compte aquests postulats generals, abordem l’anàlisi dels pressupòsits, característiques i requisits que ha de reunir el consentiment sanitari perquè es pugui considerar vàlid a l’efecte de legitimar una actuació mèdica.

4.2.1. Capacitat per a consentir

- Sempre han de tenir capacitat d’obrar (més grans de divuit anys).
- Cal comprovar la capacitat natural.
- Als setze anys decideixen per si mateixos (cal informar els pares).
- Cal informar els més grans de dotze anys.
- Respecte als incapaços, expressen consentiment:
 - els representants legals,
 - les persones vinculades (familiarment, de fet).
- Cal tenir en compte l’opinió dels menors de setze anys, segons el seu desenvolupament intel·lectual i emocional.

4.2.2. Forma de consentiment

- Verbal, en general.
- Per escrit en:
 - intervencions quirúrgiques,
 - procediments invasius,

- procediments amb riscos notoris.

4.2.3. Límits al consentiment (es pot actuar sense consentiment)

- Risc per a la salut pública (Llei orgànica 3/1986).
- Risc immediat i greu per a la integritat física o psíquica del malalt i falta de familiars o persones vinculades.

4.3. Requisits

4.3.1. Moment d'emissió

Ha de ser anterior a l'actuació sanitària, la qual cosa s'assenyala amb l'exigència d'existir en un **espai temporal previ a l'actuació sanitària**. Sembla que la Llei no admet l'expressió del consentiment una vegada produïda l'actuació sanitària i a l'efecte de convalidació d'aquesta *a posteriori*, però preveu excepcions, ja que aquesta manifestació prèvia es preveu "amb caràcter general" i amb això s'admet que es pot donar en altres moments del procés assistencial.

Aquest espai temporal en què s'ha de manifestar el consentiment se situa entre el moment en què es trasllada al malalt la informació sobre el seu estat i les alternatives de tractament i l'actuació sanitària. El consentiment ocupa un **punt intermedi** de l'*iter* assistencial. El consentiment sanitari és essencialment revocable (article 8.5), la qual cosa en constitueix una característica, en admetre que es pot produir "en qualsevol moment".

4.3.2. Capacitat de consentir

Aquest és un dels elements més complexos. Com a norma general, s'exigeix que el malalt tingui **capacitat d'obrar**, que s'adquireix amb la majoria d'edat sempre que l'individu no es trobi incapacitat legalment.

Atès que no totes les persones que de fet són incapaces estan legalment incapacitades, en aquest punt comencen els problemes, ja que els professionals que treballen en l'àmbit sanitari han de determinar la capacitat del malalt en cada cas per a assegurar-se que estan en presència d'un persona que manca de les aptituds necessàries per a actuar o que es troba en una situació d'incapacitat de fet o està legalment incapacitada.

Malgrat que la Llei (article 9.3.a) indica que és el metge qui ha de determinar la capacitat del malalt, en el moment d'informar i de sol·licitar el consentiment, cal entendre que aquesta obligació és extensiva a tot el personal assistencial, ja que l'obligació d'informar afecta a tots en l'àmbit respectiu.

Cal tenir en compte que, en uns casos (els menys), la **capacitat natural o de fet del malalt** estarà corroborada per l'absència d'una declaració judicial d'incapacitat, i en altres no. És obligació del metge i del personal sanitari **comprovar, en cada cas**, el grau d'enteniment i de consciència del malalt, i la seva capacitat de raciocini per a formar correctament la voluntat i expressar-la.

Quan estiguem en presència d'incapaços (de fet o de dret), la Llei preveu que els seus representants legals o les persones vinculades al malalt "per raons familiars o de fet" expressin el consentiment sanitari. D'aquesta manera, s'exigeix als professionals de la sanitat que efectuin una segona comprovació, després de decidir negativament sobre la capacitat del malalt, a fi de conèixer els vincles familiars, o de fet, del malalt i esbrinar qui ha de manifestar el consentiment en representació seva.

Podem trobar diverses persones que tinguin vincles amb el malalt, de manera que, per a evitar una expressió del consentiment mancomunada, caldria establir una gradació entre elles basant-nos en la major proximitat de parentiu o en la intensitat de la relació de fet amb el malalt incapaç.

Un altre factor que condiona la capacitat del malalt és l'**edat**. Com a norma general, l'article 9.3.c de la Llei 41/2002 reconeix la majoria d'edat a efectes sanitaris als menors d'edat **emancipats** i als que tinguin **setze anys complerts**. S'han d'informar els menors que hagin complert els dotze anys i escoltar la seva opinió. S'han d'informar els pares dels menors més grans de setze anys i tenir en compte la seva opinió quan es tracta d'"actuacions de risc greu".

Aquesta norma no regeix, i s'exigeix la majoria d'edat ordinària, per a consentir participar en assajos clínics i per a l'aplicació de tècniques de reproducció assistida. La vigent Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, autoritza les dones més grans de setze anys perquè puguin consentir la interrupció voluntària de l'embaràs, si bé les que tinguin setze i disset anys han d'informar, almenys, un dels seus progenitors o tutors, tret que al·leguin un conflicte greu amb violència intrafamiliar. El consentiment dels menors de setze anys l'han de donar els seus representants legals.

No obstant això, el mateix article 9.3.c de la Llei 41/2002, en una redacció una mica complicada que cal interpretar *a contrario sensu*, admet el consentiment dels menors de setze anys "capaços, intel·lectualment i emocionalment, de comprendre l'abast de la intervenció". Són els supòsits de capacitat natural, que també s'identifiquen com a consentiment del "menor madur".

Aquest judici de la capacitat també correspon al metge i, per extensió, al personal sanitari, que ha de determinar si el menor té prou maduresa per a comprendre i per a formar la seva voluntat o si és capaç de decidir sobre aspectes relatius a la pròpia salut.

Les decisions sobre la salut, en tant que formen part dels drets de la personalitat, les pot prendre directament el menor, d'acord amb les lleis i les seves condicions de maduresa, tal com estableix l'article 162 del Codi civil. Dit d'una altra manera, l'article 9.3.a de la Llei 41/2002 no incorpora cap novetat essencial i està en la mateixa línia que l'article 162 del Codi civil.

En conclusió, podem afirmar que no hi ha un límit d'edat perquè el menor expressi el consentiment i que, en cada cas, se n'ha de comprovar el grau de maduresa i la capacitat per a comprendre l'abast de l'actuació sanitària.

4.3.3. Forma

Amb caràcter general, la Llei no exigeix una expressió formal o solemne del consentiment. La norma general és acceptar la validesa del consentiment expressat **verbalment** (article 8.2).

La forma escrita és excepcional i en la mateixa Llei s'esmenten els supòsits en què s'ha d'exigir, que són els següents:

- intervenció quirúrgica,
- procediments diagnòstics invasius,
- aplicació de procediments que impliquen riscos o inconvenients de notòria i previsible repercussió negativa per a la salut del malalt.

Com a **qüestió pràctica**, i a l'efecte que quedi constància tant de la informació que s'ha transmès com del consentiment manifestat, convé anotar en el curs clínic del malalt el moment en què es dona la informació i s'expressa el consentiment perquè, si cal, pugui servir de prova en un moment posterior. Així, es deixa la forma oral només per a les actuacions de menys risc o transcendència.

Com un remei més defensiu, hi ha la possibilitat de sol·licitar al malalt que signi en la història clínica, conjuntament amb el metge o el professional sanitari, l'anotació referida a la informació i al consentiment.

4.3.4. Límits

A més de la voluntat del pacient, que amb l'expressió del consentiment assenyala l'objecte i contingut de l'actuació sanitària i, d'aquesta forma, assenyala el límit negatiu del mateix (l'actuació sanitària no pot anar més enllà del que autoritzi el malalt), hi ha altres supòsits derivats de la mateixa normativa sanitària, que signifiquen un límit positiu i que constitueixen una excepció de la norma general en tant que permeten l'**actuació sanitària sense consentiment**.

L'article 9.2 de la Llei 41/2002 enumera els supòsits en què s'admet l'actuació sanitària **sense que hi hagi consentiment** previ i que es concreten en els següents:

- Risc per a la salut pública per raons sanitàries. Poden ser els supòsits previstos en la Llei orgànica 3/1986, que regula l'aplicació de tractaments sanitaris obligatoris o altres situacions declarades per l'autoritat competent. Es tracta d'establir mesures de reconeixement, tractament, control o hospitalització amb caràcter forçós per a evitar la transmissió de malalties i preservar així la salut pública. En aquests casos continua vigent l'obligació d'informar, entenent que aquesta és encara més intensa en tractar-se de situacions excepcionals.
- Risc immediat i greu per a la integritat física o psíquica del malalt i no és possible aconseguir la seva autorització ni la dels familiars o persones vinculades.

Aquí es preveuen les situacions d'urgència, fàcilment imaginables, que no necessiten més explicacions. No obstant això, una vegada superada la urgència i quan el malalt recobri el coneixement o quan es presentin els seus familiars o persones vinculades, el metge ha de transmetre la informació sobre el diagnòstic, pronòstic i alternatives de tractament, i demanar el consentiment per a continuar l'actuació sanitària (estaríem en un supòsit excepcional de manifestació del consentiment en un moment posterior a la prestació d'assistència, al qual ens referíem més amunt). En l'àmbit de la protecció de la integritat física i psíquica del malalt també hem d'incloure l'internament no voluntari, per raó de trastorn psíquic, d'una persona que no estigui en condicions de decidir-ho per si mateixa, l'autorització de la qual correspon a l'autoritat judicial conforme al que disposa l'article 763 de la Llei d'enjudiciament civil (el Codi de família de Catalunya regula aquest supòsit en l'article 255). En aquest cas, l'autorització judicial ha de ser prèvia a l'internament, però també es preveu l'internament per raons d'urgència, que és acordat pels responsables del centre sanitari i ratificat en les setanta-dues hores següents pel jutjat. Els metges que tractin el malalt han d'informar cada sis mesos sobre la necessitat de mantenir-lo i han de donar l'alta al malalt quan considerin que ja no és necessari, després de comunicar-ho al jutjat.

La sentència del Tribunal Constitucional 131/10, de 2 de desembre, ha declarat inconstitucionals els paràgrafs primer i segon de l'article 763.1 de la Llei d'enjudiciament civil, però en manté l'aplicació mentre el legislador no dicti una norma que els substitueixi, i així evita que es produeixi un buit legal.

4.4. Les instruccions prèvies (voluntats anticipades)

- Document escrit en què la persona expressa el seu consentiment, o negativa, a actuacions sanitàries futures.

- Lliurat per una persona major d'edat i plenament capaç.
- També pot contenir:
 - la designació d'un representant,
 - la disposició sobre el propi cos,
 - la donació dels òrgans.
- Límits (no s'apliquen):
 - si són contràries a l'ordenament jurídic,
 - si són contràries a la *lex artis*,
 - si no es corresponen amb el supòsit de fet previst, decideix el metge i en deixa constància en la història clínica.
- Registres autonòmics i estatals en l'administració sanitària.

El reconeixement i la regulació de les instruccions prèvies en l'article 11 de la Llei 41/2002 constitueixen una novetat dins de l'ordenament jurídic espanyol. Mitjançant la seva aplicació s'inverteix el camí en la configuració de la relació jurídica sanitària, ja que no és el malalt qui accepta o rebutja el tractament que proposa el metge, tal com s'ha dit abans, sinó que és el metge qui ha d'adaptar l'actuació assistencial a allò que ha desitjat i admès, prèviament, el malalt.

El reconeixement legal de les instruccions prèvies constitueix un reconeixement explícit de l'autonomia de la voluntat del malalt i permet anticipar el consentiment a l'actuació sanitària i modular-ne el contingut, en previsió que, arribat el moment, el seu autor no tingui la capacitat suficient per a expressar-les, per haver perdut les capacitats cognitives o volitives o la capacitat per a expressar-se.

Les instruccions prèvies s'han d'expressar **sempre amb un escrit**, que el malalt ha de lliurar al metge, i són revocables en qualsevol moment. Es tracta, per tant, d'un **acte formal**.

Només els majors d'edat, i que tinguin capacitat d'obrar, poden donar instruccions prèvies. Dit això, ens preguntem si la norma es refereix a la majoria d'edat sanitària (setze anys) o bé a la majoria d'edat general (divuit anys). Podem trobar suficients arguments per a acceptar una solució o una altra, si bé sembla més adequada la postura que entén que només les poden donar els majors de divuit anys.

Perquè siguin vàlides i es puguin aplicar, són requisits:

- que les instruccions no siguin contràries a l'ordenament jurídic,
- que tampoc no siguin contràries a la *lex artis*,
- que es corresponguin amb el supòsit de fet previst a el moment de manifestar-les.

En cas que el metge decideixi no seguir les instruccions prèvies manifestades pel malalt haurà de deixar anotada una explicació raonada en la història clínica. Això és, haurà d'explicar els motius que tingui per a no subjectar-se a la voluntat del malalt.

Les instruccions prèvies poden contenir, a més, la designació d'un **representant** perquè serveixi d'interlocutor amb l'equip assistencial, que s'ocuparà del seu compliment, i també per a decidir sobre la **destinació del cos**, o dels seus **òrgans**, després de la defunció.

Les comunitats autònomes tenen competència per a regular el procediment i garantir el compliment de les instruccions prèvies, la qual cosa ha estat aprofitat per la majoria d'aquestes per a regular també la manera en què es donen i així s'admet tant la seva manifestació en document públic (davant notari o davant funcionari de l'Administració sanitària) com en document privat, però en aquest cas s'exigeix la presència de testimonis sense relació de parentiu amb el malalt.

La Llei preveu un registre nacional d'instruccions prèvies, regulat recentment, i d'aquesta manera es podran conèixer en tot l'àmbit estatal del Sistema Nacional de Salut i no quedaran limitades a l'àmbit del servei de salut de cada comunitat autònoma, la qual cosa regula amb aquesta finalitat la coordinació del registre nacional amb els registres de cada comunitat autònoma.

Davant de situacions d'urgència, i en absència de persones vinculades al malalt que puguin manifestar el consentiment per representació, correspon als metges esbrinar si hi ha instruccions prèvies del malalt. I, en qualsevol cas, una vegada conegudes i a la vista del seu contingut, han de decidir sobre la seva validesa i eficàcia.

Els col·legis de metges han establert convenis per organitzar un sistema informàtic segur que permeti als metges consultar els registres d'instruccions prèvies.

4.5. La informació assistencial

Figura 2

Informar o donar notícia sobre l'estat de salut d'una persona i de les alternatives de tractament

És pressupòsit per al consentiment del malalt



Constitueix un dret de qualsevol persona
Llei 41/02, art. 4. 1

4.5.1. Contingut

Tota la informació disponible sobre:

- l'estat de salut,
- la naturalesa de la intervenció,
- la finalitat de la intervenció,
- els riscos coneguts:
 - probables/previsibles
 - possibles/freqüents
- les conseqüències conegudes.

4.5.2. Forma

- Verbal (norma general)
- Comprensible (sense tecnicismes)
- Adequada/suficient

La informació és part del procés assistencial.

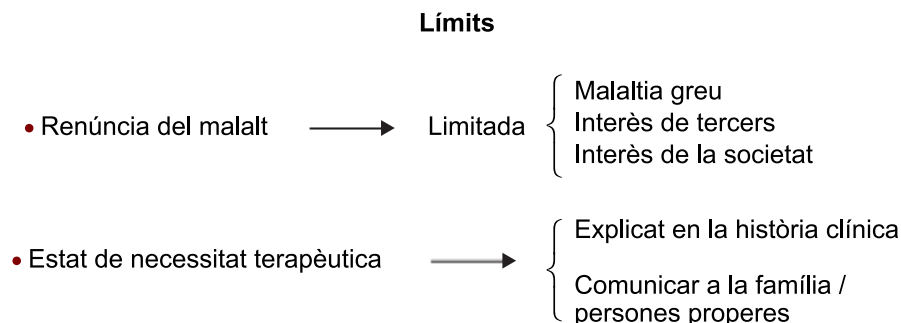
4.5.3. Àmbit subjectiu

- Subjecte actiu (titular del dret)
 - el malalt
 - persones autoritzades (de manera expressa/tàcita) per ell
 - menors i incapaços, segons la seva incapacitat
- Subjecte passiu (titular del deure)
 - metge responsable

- professionals que intervenen en el procés assistencial

4.5.4. Límits

Figura 3



Informar es defineix com assabentar o donar notícia d'alguna cosa. La Llei 41/2002 es refereix a diferents classes d'informació:

- L'article 2.5 imposa als pacients el deure de proporcionar les dades sobre el seu estat físic, o sobre la seva salut, de manera lleial i veritable.
- L'article 3, que conté les definicions legals de diversos conceptes utilitzats en la mateixa Llei, dedica un apartat a la **informació clínica** i assenyala que es refereix a qualsevol dada, independentment de la forma, classe o tipus, que permet adquirir o ampliar coneixements sobre l'estat físic o la salut d'una persona, i a més a l'**informe d'alta mèdica**, entenent per tal el document emès pel metge responsable de l'atenció sanitària d'un pacient en finalitzar cada procés assistencial.
- El capítol II està dedicat a la regulació del dret a la **informació sanitària**, segons el títol que l'encapçala, però l'article 4, amb el qual s'inicia, està dedicat al dret a la **informació assistencial**, i l'article 6, amb el qual acaba, regula el dret a la informació epidemiològica.
- L'article 12, dins del capítol IV, està dedicat a l'autonomia del pacient i es refereix a la informació dels serveis que ofereix el Sistema Nacional de Salut.

Aquí només ens referim a la **informació assistencial**, ja que és el **pressupòsit** per a donar el **consentiment** a l'actuació sanitària. És la informació que, en un ordre lògic i temporal, se situa abans del consentiment i de l'actuació mèdica.

La sistemàtica acadèmica també aconsella tractar la informació abans del consentiment, però el binomi informació/consentiment en l'àmbit sanitari es troba tan íntimament unit, i és de tal entitat, que convé tenir-ne una visió global i conjunta.

La Llei 41/2002 configura la informació com un **dret de qualsevol persona**. Per tant, es tracta d'un dret subjectiu que atorga un poder a qualsevol persona per a demanar informació sobre el seu estat de salut i les alternatives de tractament, als professionals de la sanitat i a les institucions sanitàries.

D'això es deriva que la informació no és una actuació gracieble o voluntària dels professionals de la sanitat en les seves relacions amb el malalt, sinó que constitueix el **compliment d'un deure imposat legalment**.

La Llei 41/2002 no tracta separadament la informació terapèutica, la que es refereix a l'aplicació del tractament, per la qual cosa hem d'entendre que la preveu dins del concepte d'informació sanitària. Però això no vol dir que no puguem diferenciar i estudiar la informació terapèutica en l'aspecte acadèmic i en la pràctica diària.

En l'àmbit de la informació té molta importància l'habilitat comunicativa, i aquest és un aspecte que, normalment, no s'ensenya ni es conrea en les facultats de Medicina, per la qual cosa s'ha d'aprendre en un moment posterior i perfeccionar-se durant tota la vida professional.

Té com a característiques:

- Ha d'acompanyar qualsevol actuació sanitària, ja que en forma part indissoluble. No es pot donar una actuació sense informació (llevat en les excepcions previstes legalment).
- Ha d'incloure tota la informació disponible sobre l'actuació sanitària que de què es tracti. La informació ha de ser diferent, i ha de tenir un altre contingut, si estem en presència d'una atenció puntual (visita, reconeixement) o d'un procés assistencial que es perllonga en un temps més o menys llarg. En el primer cas, la informació s'esgota en un sol acte, però en el segon s'estructura en un diàleg amb el pacient, que forma part del mateix procés assistencial, amb intercanvi mutu d'informació. La informació no és cosa d'un moment, i s'ha de modular segons el que resulti de l'evolució i les modificacions del mateix procés assistencial. Ha d'explicar la naturalesa de la intervenció o actuació, la seva finalitat, els riscos que comporta i les conseqüències conegudes.

Pel que fa a les conseqüències, es distingeix entre les que són conegudes (cicatris postintervenció), les que són probables (limitacions de moviments, afectacions dels sentits o de la funcionalitat d'òrgans després d'una intervenció) i les que són possibles (accidents anestèsics, hemorràgies).

Sobre aquest particular, la jurisprudència considera **obligatòria la informació dels riscos previsibles i freqüents** i exclou d'aquesta obligació la informació sobre els riscos atípics.

- El contingut de la informació ha de ser **cert**. La mateixa expressió legal obvia qualsevol comentari. S'ha d'entendre que mitjançant el consentiment,

del qual forma part inseparable la informació, es constitueix la relació jurídica sanitària i, si aquest consentiment s'ha manifestat en funció d'una informació falsa, resultarà viciada i, per tant, el consentiment serà nul i no tindrà cap efecte ni validesa.

L'actuació sanitària derivada d'una informació falsa és il·legítima i pot tenir conseqüències en l'ordre penal, ja que es poden causar lesions greus i irreversibles al malalt (penseu en algú que, amb la sola finalitat d'experimentar o de practicar una nova tècnica, informa un pacient que pateix una inflamació de l'apèndix i li indica que és convenient una intervenció quirúrgica per a extirpar-lo, sabent que no és cert; si basant-se en aquesta informació falsa el malalt hi accedeix, estarem en presència d'un delictes de lesions, castigat amb pena de presó).

Tampoc no és certa la informació que oculta parts importants i transcendents sobre l'estat de salut del malalt, el contingut del tractament o les seves conseqüències.

- Com a norma general, la informació s'ha de donar de manera **verbal**, però se n'ha de deixar constància en la història clínica.

La informació verbal és el millor instrument per a mantenir el diàleg assistencial metge-malalt, i consolidar la relació interpersonal i la confiança mútua, la qual cosa humanitza la relació sanitària, que és la base per a proporcionar una assistència de qualitat. No obstant això, en bastants casos el més convenient per a complementar la informació verbal és lliurar al malalt informació escrita, en què de manera sistemàtica i clara s'expliquin la naturalesa, la finalitat, els riscos i les conseqüències de la intervenció. Atès que la informació ha de ser prèvia a l'actuació sanitària, és convenient que, en la mesura que sigui possible, es deixi un temps de reflexió al malalt per a donar el consentiment i perquè pugui decidir amb calma i en llibertat. Aquest temps pot estar determinat per la programació de les visites en el curs del procés assistencial.

Tenint en compte que la història clínica és un document unilateral (només hi escriu el personal assistencial), es pot demanar al malalt que signi, conjuntament amb el metge (o amb el professional que correspongui), l'anotació en què es deixa constància de la informació que se li ha proporcionat o fer aquesta conjuntament amb un altre metge o professional sanitari, amb la finalitat de deixar constància del fet i provar-lo, si és necessari, en el futur.

- Ha de ser **comprensible** i **adequada** a les necessitats del pacient. És important que el pacient **entengui** la informació, per la qual cosa convé fugir de tecnicismes i de l'argot professional. Així, s'ha d'utilitzar un llenguatge d'acord amb el nivell de comprensió de la persona a qui va dirigit. Això requereix un esforç de coneixement de l'altre que només es pot aconseguir amb un diàleg atent i sincer.

Però, si és important el to i el nivell del llenguatge utilitzat, també ho és comprovar que el malalt ha entès la informació que se li ha donat. Entenem que això comporta l'esforç suplementari de comprovar-ho adreçant-li

algunes preguntes i donant-li l'oportunitat que, al seu torn, pugui plantejar els dubtes o preguntes que cregui oportuns. Aquest esforç ha de ser directament proporcional a la gravetat de l'estat i al risc de l'actuació sanitària.

Un altre element formal, que també inclou aspectes materials, és el requisit que la informació sigui **adequada**, terme difícil, però comprensible. No es tracta que sigui exhaustiva, sinó suficient, que compleixi amb les necessitats del malalt per a formar la seva voluntat, segons la seva comprensió i els seus desitjos. I una altra vegada ens apareix la necessitat del diàleg i del coneixement de l'altre.

- La informació **forma part del procés assistencial**. Sense informació i consentiment no pot haver-hi procés assistencial, ja que només és possible mitjançant la voluntat del malalt de sotmetre-s'hi.

I atès que la informació és un procés continu derivat de l'evolució de la salut i de l'actuació mèdica, resulta que hi està íntimament lligat i s'hi inscriu de manera indissoluble. No pot haver-hi intervenció o assistència sense informació, i no es pot tenir ni transmetre informació sobre l'estat de salut i les propostes de tractament al marge del procés assistencial.

Només en els informes pericials, i en els supòsits de consulta d'una segona opinió que no constitueixen activitats assistencials, la informació sanitària apareix separada de l'assistència.

- **Àmbit subjectiu**. Subjecte actiu i passiu del dret. Tota relació jurídica comporta l'existència de dues parts: el subjecte actiu, com a titular del dret, que té el poder o la facultat d'exigir un comportament determinat a l'altra part; i el subjecte passiu, que té el deure o l'obligació d'actuar d'una manera determinada per a satisfer el dret de l'altra part.

- En la relació jurídica sanitària el **subjecte actiu** o titular del dret a la informació és el **pacient** o malalt (article 5), que, com a titular del dret, pot **autoritzar** de manera **expressa** o **tàcita** (un exemple clar d'autorització tàcita el constitueix l'assistència a la consulta amb una altra persona) que la informació sanitària que l'afecta es doni a persones vinculades a ell per motius familiars o de fet. No hi ha cap problema en els casos d'autorització expressa, però és necessari efectuar les comprovacions necessàries sobre la vinculació familiar (relativament fàcil) o de fet (pot resultar més difícil) quan es tracti d'una autorització tàcita.

Els menors i incapaços també han de ser informats, segons la seva capacitat de comprensió, per la qual cosa els metges i altres professionals de la sanitat han de fer un esforç complementari d'adaptació en aquests casos per a adequar el llenguatge a la comprensió del malalt. En aquest cas, també han de ser informats els representants legals o les persones vinculades que hagin de prestar el consentiment. Només en el supòsit d'incapacitat total per a comprendre (estat de coma), s'ha d'informar

únicament els familiars o altres persones vinculades que hagin de prestar el consentiment.

- **Subjecte passiu** (el que té l'obligació de donar la informació), ho és el **metge** responsable de l'assistència, que coordina l'actuació sanitària i actua com a interlocutor de l'equip assistencial. Però no és l'únic responsable de la informació, ja que l'article 4.3 disposa que **tots els professionals sanitaris** que intervinguin en el procés també han de informar del que concerneix l'activitat o a la prestació que duguin a terme (per exemple, l'infermer, amb relació a les cures o l'aplicació d'injectables; el metge de rajos X, sobre la finalitat de l'exploració i la tècnica utilitzada; el protètic, sobre la finalitat i característiques de la pròtesi; i el treballador social en l'àmbit que li és propi).

I el centre sanitari ha de vetllar perquè la informació es doni de manera adequada en la forma i amb el contingut previst legalment.

- **Limitacions** (excepcions) al dret de rebre informació. Com ocorre en altres àmbits, també trobem excepcions al dret/deure d'informació, que es troben previstes i regulades en la Llei 41/2002.
- **Renúncia del pacient a rebre informació.** L'article 4.1 inclou el dret de qualsevol persona al fet que es respecti la seva voluntat de no ser informada, la qual cosa ha de constar per escrit, conforme a l'article 9. Però el dret a no saber també té els seus **límits**, ja que una societat democràtica i de persones lliures també és una societat de persones responsables i, per això, en el mateix article 9 es disposa que la renúncia a rebre informació sobre la pròpia salut té els seus límits en l'interès de la salut del mateix malalt (perquè es tracta d'una malaltia molt greu o transmissible), de tercers o de la mateixa societat. Això és, quan hi ha un risc o un perill per a tercers, el ciutadà no es pot mantenir al marge i aparentar ignorància, ja que la vida en societat exigeix solidaritat i col·laboració.
- Estat de **necessitat terapèutica.** La necessitat terapèutica que justifica la limitació del dret a la informació és coneguda també com a *privilegi terapèutic* i consisteix en la facultat reconeguda al metge de no informar el pacient una vegada hagi valorat que hi ha raons objectives per a creure que el coneixement de la pròpia situació pot perjudicar, de manera greu, la salut del malalt (article 5.4). Exigeix un coneixement de la psicologia del malalt, de les seves perspectives i del seu estat d'ànim, i una valoració desapassionada i imparcial de les seves tendències i comportament, que només es pot assolir dialogant i estant al costat del malalt durant el procés assistencial (penseu en malalts de naturalesa depressiva o propensos a la fabulació).
Quan es pren una decisió d'aquest tipus, n'ha de quedar constància escrita en la història clínica i s'ha de comunicar la decisió a les persones amb

vinculació familiar o de fet amb el malalt que, si escau, haurien de rebre la informació i donar el consentiment per representació.

4.6. Jurisprudència

Per a una millor comprensió del que s'ha exposat, es transcriuen algunes de les sentències dictades recentment.

“Sentència del Tribunal Suprem (3a.), de 10 de febrer de 2002. Accident laboral amb cremades al 22% del cos. El malalt és intervingut tres vegades. En l'última s'amputa la falange distal de tots dos polzes perquè presenta necrosi coagulativa. Hi ha autorització del dia anterior que dóna consentiment per al desbridament i cobertura de cremades del costat i tòrax, amb l'avertiment de possibles riscos i complicacions. És declarat en situació d'incapacitat permanent i presenta reclamació d'indemnització per falta de consentiment, que és desestimada, amb l'argument que el consentiment donat pel recurrent per la intervenció quirúrgica era bastant vague i, sobretot, no feia cap esment de les mans de les quals, en ocasió d'aquesta intervenció, li van ser amputats els polzes necrosats, la qual cosa va suposar per al recurrent la incapacitat laboral permanent. La Sala, tenint en compte la jurisprudència d'acord amb la qual l'incompliment del deure legal de sol·licitar i obtenir el consentiment informat no dóna per si sol dret a indemnització, confirma la sentència recorreguda que considera que, quan la intervenció mèdica condueix a la curació del pacient, no cal parlar de dany i conclou que, encara que en el cas examinat va faltar el consentiment informat, la veritat és que l'amputació dels polzes necrosats va permetre la curació del recurrent, per la qual cosa no va existir una lesió antijurídica i en conseqüència no procedeix accedir a atorgar la indemnització reclamada.”

Sentència del Tribunal Suprem (1a.) de 21 de gener de 2009. Desestima la reclamació per falta de consentiment (Ar. 58569).

“Yolanda, nascuda el dia 9 de juliol de 1973, va ser ingressada a l'Hospital Ramón y Cajal de Madrid, dependent de l'Institut Nacional de la Salut, el dia 9 de gener de 1990 per a ser tractada d'una cifoscoliosi. Després de l'estudi preoperatori es va decidir la seva intervenció, que es va dur a terme en dos actes quirúrgics. El primer el dia 20 de març de 1990, amb anestèsia general i durant tres hores, practicant-se toracotomia i artròdesi, després de la qual pateix com a complicació l'obertura de duramàter, si bé el postoperatori és bo. El segon temps quirúrgic té lloc el dia 25 d'abril de 1990, en el qual es practica artròdesi posterior de columna amb instrumentació de Hartshill, després del qual ingressa en l'UVI, on quatre hores després d'acabar la cirurgia es detecta una paraplegia, per la qual cosa es torna a ingressar en la sala d'operacions atesa la presència de dèficit neurològic, es retira la instrumentació de Hartshill i passa novament a l'UVI. Una vegada donada d'alta, ingressa a l'Hospital de Paraplègics a Toledo.

Yolanda va reclamar del senyor Rodolfo (el cirurgià) i a la senyora Teresa (l'anestesiata), per la imperícia manifestada en la intervenció quirúrgica, deixant d'advertir dels riscos que se'n podien derivar, i pel fet de no haver-se sol·licitat el **consentiment** dels seus pares (era menor d'edat) per escrit.

La sentència de 1a. Instància i la d'apel·lació van desestimar la demanda, dient que «si bé no hi va haver **consentiment** informat per escrit, el deure d'**informació** es va complir en aquest cas com es dedueix de l'historial clínic de l'actora, en el qual consta que **els facultatius van parlar amb la família de la gravetat i la necessitat de l'operació, explicant-los el pla quirúrgic que se seguiria, essent conscients els pares que la malaltia que la seva filla patia necessitava una intervenció d'alt risc**, atès el fracàs del tractament conservador que s'havia aplicat, havent quedat acreditat que el **consentiment** dels familiars va ser verbal».

El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació dient que “la vulneració del deure obtenir el **consentiment** informat constitueix una infracció de la *lex artis ad hoc*, o el que és el mateix un supòsit i element essencial de la *lex artis* per a dur a terme l'activitat **mèdica**. És un acte que ha de fer-se efectiu amb temps i dedicació suficient i que obliga tant el **metge** responsable del pacient com els professionals que l'atenguin durant el procés assistencial, com un més dels que integren l'actuació **mèdica** o assistencial, a fi que pugui adoptar la solució que més interessa la seva salut. I fer-ho d'una manera comprensible i adequada a les seves necessitats, per a permetre-li fer-se càrrec o valorar les possibles

conseqüències que poguessin derivar-se de la intervenció sobre el seu particular estat i, en la seva vista, escollir, rebutjar o demorar una determinada teràpia per raó dels riscos i fins i tot acudir a un especialista o centre diferent (sentències del Tribunal Suprem de 15 de novembre 2006 i les que en aquesta se citen). Com a tal forma part de tota actuació assistencial i constitueix una exigència ètica i legalment exigible als membres de la professió mèdica, abans amb la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat i ara, amb més precisió, amb la Llei 41/2002, de 14 de novembre, de l'autonomia del pacient, que constitueix el marc normatiu actual, en la qual es preveu com a dret bàsic la dignitat de la persona i autonomia de la seva voluntat. La seva exigència, tant si hi ha vincle contractual –contracte de servei sanitari, arrendament de servei o d'obra– com si opera en la relació merament extracontractual, ha de considerar-se amb independència del compliment del deure que la intervenció en si mateixa es desenvolupi amb subjecció a la *lex artis* (Sentència del Tribunal Suprem de 19 de novembre de 2007), ja que una cosa és que l'actuació del **metge** es dugui a terme amb absoluta correcció i una altra de diferent que la reproximitat pugui basar-se en la no-intervenció d'un **consentiment** del pacient o els seus familiars degudament informats pel **metge**".

La doctrina d'aquesta Sala ha declarat amb reiteració que l'exigència de la constància escrita de la **informació** té, per a casos com el que s'enjudicia, mer valor *ad probationem* (sentències del Tribunal Suprem de 2 d'octubre de 1997, de 26 de gener i de 10 de novembre de 1998, de 2 de novembre de 2000, de 2 de juliol de 2002 i de 29 de juliol de 2008), garantir la constància del **consentiment** i de les condicions en les quals s'ha presat, però no pot substituir la **informació** verbal, que és la més rellevant per al pacient, especialment en els tractaments continuats en els quals es va produint a poc a poc dins de la relació normal que hi ha amb el **metge**, per mitjà de la qual es posa en antecedents sobre les característiques de la intervenció a la qual se sotmetrà així com dels riscos que aquesta comporta; havent afirmat la sentència de 29 de maig de 2003 que almenys ha de «quedar constància d'aquesta en la història clínica del pacient i documentació hospitalària que l'afecti», com exigeix la Llei de 24 de novembre de 2002, doctrina, per tant, que no anul·la la validesa del **consentiment** en la **informació** no realitzada per escrit, en la forma que preveu la Llei general de sanitat per a qualsevol intervenció i que exigeix com a corollari lògic invertir la càrrega de la prova perquè sigui el **metge** qui provi que va proporcionar al pacient totes les circumstàncies relacionades amb la intervenció mentre aquest es trobi sota la seva cura, incloent diagnòstic, pronòstic i alternatives terapèutiques, amb els seus riscos i beneficis".

Sentència del Tribunal Suprem (1a.) de 23 d'octubre de 2008. Desestima la demanda d'indemnització per eclàmpsia i síndrome de Hellp durant l'embaràs obtingut per fecundació *in vitro*. Fa un resum sistemàtic de la doctrina sobre la informació i consentiment sanitaris, que resulta molt il·lustratiu. A aquest efecte, diu:

“La doctrina jurisprudencial sobre la **informació mèdica**, en el que aquí pugui interessar, es pot resumir en els apartats següents:

1) La finalitat de la informació és proporcionar a qui és titular del dret a decidir els elements adequats per a prendre la decisió que consideri més convenient per als seus interessos (sentències del Tribunal Suprem, entre altres, de 23 de novembre de 2007, núm. 1.197; de 4 de desembre de 2007, núm. 1.251; de 18 de juny de 2008, núm. 618). És indispensable, i per això **ha de ser objectiva, veraç i completa**, per a la prestació d'un consentiment lliure i voluntari, ja que no concorren aquests requisits quan es desconeixen les complicacions que poden sobreviure de la intervenció mèdica que s'autoritza;

2) La informació té diferents graus d'exigència segons es tracti d'actes mèdics realitzats amb caràcter curatiu o es tracti de la medicina denominada *satisfactiva* (sentències del Tribunal Suprem de 28 de juny de 2007, núm. 1.215; de 29 de juliol de 2008, núm. 743); revestint més intensitat en els casos de medicina no estrictament necessària (sentències del Tribunal Suprem, entre altres, de 29 d'octubre de 2004; de 26 d'abril de 2007, núm. 467; de 22 de novembre de 2007, núm. 1.194);

3) Quan es tracta de la medicina curativa **no cal informar detalladament dels riscos** que no tenen un caràcter típic per no produir-se amb freqüència ni ser específics del tractament aplicat, sempre **quetinguin caràcter excepcional o no revesteixin una gravetat extraordinària** (sentències del Tribunal Suprem de 17 d'abril de 2007; de 30 d'abril de 2007; de 28 de novembre de 2007, núm. 1.215; de 29 de juliol de 2008, núm. 743). La Llei d'autonomia del pacient 41/2002 assenyala com a informació bàsica (article 10.1) «els riscos o conseqüències segures i rellevants, els riscos personalitzats, els riscos típics, els riscos probables i les contraindicacions». I en relació amb els embarassos de risc aquesta

Sala (sentències del Tribunal Suprem de 7 de juliol de 2002; de 19 de juny i de 23 de novembre de 2007, núm. 1.197) ha posat l'accent en l'exigència d'informar de manera especial respecte a les circumstàncies d'aquest embaràs, és a dir sobre els seus riscos;

4) En la medicina satisfactiva (diu la Sentència de 22 de novembre de 2007, núm. 1.194, amb citació de les de 12 de febrer i de 23 de maig del mateix any) la informació ha de ser objectiva, veraç, completa i assequible, i comprèn les possibilitats de fracàs de la intervenció, és dir, el pronòstic sobre la probabilitat del resultat i també qualssevol seqüeles, riscos, complicacions o resultats adversos que es puguin produir, tant de caràcter permanent com temporal, amb independència de la seva freqüència, atesa la necessitat d'evitar que se silenciïn els riscos excepcionals davant el coneixement dels quals el pacient podria sostreure's a una intervenció innecessària –prescindible– o d'una necessitat relativa; i,

5) La denúncia per informació deficient resulta civilment intranscendent quan no hi ha cap dany vinculat a la seva omissió o a la pròpia intervenció mèdica; és a dir, no genera responsabilitat civil (sentències del Tribunal Suprem, entre altres, de 21 de desembre de 2006, núm. 1.367 i de 14 de maig de 2008, núm. 407)".

Sentència del Tribunal Suprem (1a.) de 21 de desembre de 2006. Confirma la condemna per falta d'informació amb els arguments següents:

"El metge va actuar conforme a la *lex artis* en l'operació inicial, ja que estava indicada mèdicament i tenia una finalitat pal·liativa. No va actuar conforme a la *lex artis* en el postoperatori quan, apareixent molèsties, no intervé al pacient sinó fins a dues setmanes després. L'hematoma es va haver de tractar més precoçment per a evitar les seqüeles produïdes davant la previsibilitat de les complicacions. El consentiment informat exigeix explicar al pacient de manera clara i concloent en què consisteix el risc de l'operació i obtenir en la seva vista la seva autorització per a dur-la a terme. Aquesta **informació metge pacient no pot ser substituïda per un imprès hospitalari genèric en el qual es recull la firma**".

Sentència del Tribunal Suprem (1a.) de 15 de novembre de 2006. Condemna de metge i de centre sanitari a indemnitzar una pacient que pateix un hematoma subcapsular esquerre després de sotmetre's a litotrícia extracorpòria. Estima que va haver-hi infracció del deure d'informació, amb els arguments següents:

"Es desestima el recurs de cassació basant-se en la doctrina jurisprudencial conformement a la qual **el consentiment informat és pressupòsit i element essencial de la *lex artis*** i, com a tal, forma part de qualsevol actuació assistencial, constituint una exigència ètica i legalment exigible als membres de la professió mèdica, en la qual es preveu com a dret bàsic a la dignitat de la persona i autonomia de la seva voluntat. **És un acte que ha de fer-se efectiu amb temps i dedicació suficient i que obliga tant el metge responsable del pacient com els professionals que l'atenguin durant el procés assistencial**, com un més dels que integren l'actuació mèdica o assistencial, a fi que pugui adoptar la solució que més interessa la seva salut. I **fer-ho d'una manera comprensible i adequada a les seves necessitats** per a permetre-li fer-se càrrec o valorar les possibles conseqüències que es poguessin derivar de la intervenció sobre el seu estat particular i a partir d'això elegir, rebutjar o demorar una determinada teràpia per raó dels seus riscos i fins i tot acudir a un especialista o centre diferent. Per aquesta raó **en cap cas el consentiment prestat mitjançant documents impresos mancats de qualsevol tret informatiu adequat serveix per a conformar deguda ni correcta informació**".

Sentència del Tribunal Suprem (1a.) de 26 de setembre de 2000. Estableix que la informació ha de donar-se a la persona del malalt, dient:

"El dret a la informació del malalt es va conculcar per no haver-se demostrat que el metge hagués advertit **personal i directament** al malalt dels riscos i alternatives de la intervenció practicada, en ser aquest l'efectiu destinatari i era qui havia de rebre-la".

4.7. Excurs

Abans de donar per tancat aquest apartat, ens sembla oportú destacar un aspecte important. El consentiment no és un document signat pel malalt, sinó el resultat d'un procés continu de diàleg i d'intercanvi d'informació entre el metge i els professionals sanitaris amb el malalt, en relació amb les dolències o afeccions que pateix aquest i les alternatives de tractament per aconseguir la seva curació o millora.

En aquest procés que condueix al consentiment, la informació es configura com un element essencial i imprescindible. Si la informació és adequada, lleial, clara, comprensible i compresa, no es generen problemes de consentiment.

No es tracta d'imposar el criteri mèdic (o el del centre sanitari) ni d'aconseguir la conformitat o el consentiment a aquest, sinó de reconèixer en el malalt la dignitat personal i de proporcionar-li la informació necessària perquè pugui decidir en llibertat i, a partir d'aquest moment, respectar la decisió que el malalt prengui segons els seus desitjos.

Bibliografia

Almuzara Alamida, C. (2007). *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Valladolid: Lex Nova.

Colom Masfret, D. (2008). "El trabajo social sanitario: presencias y ausencias en el marco legal estatal y autonómico. Argumentos y propuestas para una estrategia orientada a poner de relieve la realidad". *Revista de Servicios Sociales y Política Social* (núm. 82, pàg. 121-152).

Corbella i Duch, J. (2012). *Manual de Derecho Sanitario*. Barcelona: Editorial Atelier.

Escobar Roca, G. (dir.) (2012). *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

Lorenzo y Montero, R. de (2003). *Derechos y Obligaciones de los Pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Madrid: Editorial Colex.

Martínez-Calcerrada, L.; Lorenzo Montero, R. (2001). *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Madrid: Ed. Colex.

Martínez-Pereda, J. M. (2003). *Legislación sanitaria de España*. Madrid: Ed. Colex.

Palomar Olmeda, A. (coord.) (2008). *Comentario al Reglamento de desarrollo de la LO 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*. Cizur Menor: Aranzadi.

Romeo Casabona, C. (dir.) (2011). *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Granada: Editorial Comares.

Warren, S.; Brandeis, L. (1890). "The Right to privacy". *Harvard Law Review* (vol. IV).

