

Marco legal: Leyes principales del sistema sanitario

Dolors Colom Masfret
Josep Corbella Duch

PID_00206229

Índice

Introducción.....	5
1. Marco legal: Ley General de Sanidad. Despliegue de las leyes autonómicas. Principales diferencias y similitudes.....	7
1.1. Revisión del texto del marco legal	8
1.1.1. Material de trabajo consultado para la elaboración del análisis de la presencia del trabajo social sanitario	8
1.1.2. Breve análisis del ámbito autonómico según la Ley de Sanidad y las referencias, explícitas o implícitas, al trabajo social sanitario	19
1.2. Reflexión final	21
2. Aspectos generales del derecho sanitario internacional y estatal.....	22
2.1. Derecho sanitario	22
2.1.1. Normas internacionales	22
2.1.2. Derecho sanitario internacional	24
2.2. El derecho sanitario estatal (español)	32
2.3. Tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud	35
2.3.1. Desarrollo legislativo en materia sanitaria	36
3. Protección de la información disponible en el servicio de trabajo social sanitario.....	41
3.1. Planteamiento general	41
3.1.1. La intimidad personal	41
3.1.2. La confidencialidad	43
3.1.3. El dato personal	44
3.1.4. La Ley de Protección de Datos de Carácter Personal	45
3.2. La información de los servicios de trabajo social sanitario	47
3.2.1. La historia social como parte de la historia clínica	48
3.2.2. Los datos personales de carácter sociosanitario	50
3.2.3. Medidas de protección de la intimidad/ responsabilidades	50
4. El consentimiento del paciente a la actividad médica.....	52
4.1. Consideración general: el consentimiento del paciente	52
4.2. Aproximación conceptual	54
4.2.1. Capacidad para consentir	54
4.2.2. Forma de consentimiento	54

4.2.3. Límites al consentimiento (puede actuarse sin consentimiento)	55
4.3. Requisitos	55
4.3.1. Momento de emisión	55
4.3.2. Capacidad de consentir	55
4.3.3. Forma	57
4.3.4. Límites	58
4.4. Las instrucciones previas (voluntades anticipadas)	59
4.5. La información asistencial	61
4.5.1. Contenido	61
4.5.2. Forma	61
4.5.3. Ámbito subjetivo	62
4.5.4. Límites	62
4.6. Jurisprudencia	67
4.7. Excurso	70
Bibliografía	71

Introducción

La intervención del profesional en general, y la de los trabajadores sociales sanitarios en particular, en su mayor parte, viene regulada por el derecho. Pero, además, los trabajadores sociales, como ocurre con todas las profesiones reguladas, deben sujetar su actuación a las normas propias que delimitan la competencia de la profesión, y si desarrollan su actividad en el ámbito sanitario, también se hallan directamente afectados por las normas que conforman las relaciones jurídicas sanitarias y el contenido de las prestaciones, así como las que organizan tan importante sector de servicios.

Por ello, este módulo pretende exponer, de forma sistematizada, las diferentes normas jurídicas que configuran el marco legal de la sanidad, partiendo desde la amplia visión que nos ofrecen del mismo los convenios y tratados internacionales, y hasta llegar a las normas de derecho interno.

1. Marco legal: Ley General de Sanidad. Despliegue de las leyes autonómicas. Principales diferencias y similitudes

En esta parte tomamos el marco legal como el aspecto que organiza el desarrollo de la actividad profesional y que, en última instancia, permite tener una u otra presencia, una u otra consideración y participación, una u otra actividad, dentro de las instituciones, en sus establecimientos y en definitiva dentro del tejido social y profesional.

Repasaremos las normas sanitarias para ver el papel que en las mismas se atribuye al trabajador social sanitario y así conocer nuestras posibilidades legales de actuación, porque cada vez más nos encontramos con que nos dicen que no a algo porque simplemente no está recogido en el marco legal. Y es cierto. Numerosos cargos responsables de la sanidad estatal y autonómica, responsables de establecimientos sanitarios, acuden a la falta de representatividad del trabajo social sanitario en los órganos de decisión institucional, no solo con voz sino también con voto, a ese casi no estar en el marco legal.

¿Qué dice la normativa? Lo primero que constatamos es que en la normativa apenas aparece el trabajador social sanitario citado como tal; solo hay breves referencias, pero sin demasiados detalles. Por lo tanto, vamos a analizar el marco legal que nos regula dentro del sistema sanitario para evaluar nuestras propias actuaciones desde el trabajo social sanitario y ver si cumplimos o no con los requisitos. Con algunas de las normas más importantes, vamos a ver cómo debemos organizar el trabajo para que, cuando sea posible, podamos presentarlo cumpliendo con la normativa. Aunque hoy en día no estemos reconocidos en el marco legal como lo están otros profesionales del ámbito sanitario, sí somos capaces de cumplir los requisitos y condicionantes que este impone en términos generales y el reconocimiento esperado y deseado, también merecido y justificado por los propios hechos, llegará de manera natural.

Este máster, en sí mismo, es un primer paso, pues la formación especializada, por ejemplo, es uno de los requisitos para el reconocimiento como profesión sanitaria. Siempre aplicando las leyes vigentes podremos ganar presencia en la normativa.

¿Dónde y en qué términos aparece el trabajo social sanitario en los diferentes documentos oficiales, estatales y autonómicos? Vamos a planificar la reorganización del servicio de trabajo social sanitario para que logremos, entre todos, restaurar normativamente aquello que la presencia, las responsabilidades y las intervenciones actuales de los trabajadores sociales sanitarios exigen.

Parte de este texto se apoya en el trabajo de investigación de la normativa vigente realizado para la Sesión Intercolegial de Sanidad, organizada por el Consejo General de Diplomados en Trabajo Social y celebrada el 1 de marzo del 2008 y en el artículo 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”.

Por lo tanto, esta última parte persigue la reflexión y evaluación respecto a la organización de nuestros servicios de trabajo social sanitario siguiendo las normas legales. Busca promover la investigación basándose en estudiar los resultados y los beneficios terapéuticos que aporta la disciplina del trabajo social sanitario, lo que, por ejemplo, es un requisito que marca la Ley de Cohesión y Calidad del sistema sanitario para ser reconocida en la cartera de servicios.

Justifica los argumentos anteriores la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 00028/2007, que entre otras observaciones pone de relieve la importancia del reconocimiento dentro del marco legal como referente para la sociedad. Así, dice:

“la alusión al código deontológico de la profesión del trabajo social, aprobado por la Asamblea General de Diplomados en Trabajo Social, si bien refiere ya unas funciones propias de estos profesionales, carece, como es obvio, del necesario valor normativo fuera del ámbito puramente interno del propio colegio profesional”.

Disponible en el espacio de recursos del aula

1.1. Revisión del texto del marco legal

1.1.1. Material de trabajo consultado para la elaboración del análisis de la presencia del trabajo social sanitario

Nos hemos centrado en el contenido de las diferentes leyes y reales decretos que conforman la legislación sanitaria de ámbito estatal y autonómico. A continuación detallamos los textos analizados. Este es un simple ejercicio de introspección.

Documentación analizada de ámbito estatal

- La Constitución española (1978).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (1986).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (2002).

Referencia bibliográfica

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 el espacio de recursos del aula.

- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (2003).
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización (2006).
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (2003).
- Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para Garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y Mejorar la Calidad y Seguridad de sus Prestaciones (modifica tanto la Ley de Cohesión como la de Ordenación de las Profesiones Sanitarias).

Relación de documentos¹ electrónicos en formato pdf disponibles para su consulta

⁽¹⁾Disponibles en el espacio de recursos del aula.

- Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (1998).
- Andalucía: Orden, de 7 de junio del 2002, por la que se actualiza el mapa de atención primaria de salud de Andalucía (2002).
- Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (2002).
- Asturias: Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (1992).
- Canarias: Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (1994).
- Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (2002).
- Castilla y León: Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.
- Castilla-La Mancha: Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha (2000).
- Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (1990).
- Comunidad Valenciana: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana (2003).
- Comunidad de Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria (2001).
- Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (2001).
- Galicia: Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (2008).
- Islas Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares (2003).
- La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja (2002).
- Navarra: Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (1990).
- País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria del País Vasco (1997).

- Región de Murcia: Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (1994).
- Ceuta: Decreto de la Presidencia de la Ciudad de 31 de julio del 2001 (2001).
- Melilla: Real Decreto 1515/2005, de 16 de diciembre, sobre trasposos en materia de sanidad (2005).

Constitución española de 27 de diciembre de 1978

La Constitución española sustenta toda la normativa derivada en el Estado y a ella se refieren, en uno u otro punto, todos los documentos legales:

- En el artículo 43 de la Constitución, “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Recordemos que en 1978 la Organización Mundial de la Salud, en la Declaración de Alma-Ata, define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades. Es un derecho humano fundamental y el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de otros muchos sectores sociales y económicos, además del de salud.
- El artículo 50 de la Constitución hace una mención expresa de los servicios sociales cuando contempla la vejez, eufemísticamente llamada tercera edad, diciendo, “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Alma-Ata

Conferencia Internacional sobre la Atención Primaria de Salud, celebrada en Alma-Ata (antigua Unión Soviética), del 6 al 12 de septiembre de 1978.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Al enumerar los principios generales, en el artículo 6 se refiere, indirectamente, a los servicios sociales.

Título primero: Del sistema de salud

Capítulo primero: De los principios generales

“Artículo 6. Las actuaciones de las administraciones públicas sanitarias estarán orientadas:

- 1) A la promoción de la salud.
- 2) A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.
- 3) A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no solo a la curación de las mismas.

4) A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

5) A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.

Artículo 7. Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del sistema de salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

Artículo 8.1. Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica.

[...]

Luego, al contemplar separadamente la salud mental, pone en un mismo nivel los servicios sanitarios y sociales, disponiendo:

Capítulo tercero: de la salud mental

Artículo 20. Sobre la base de la plena integración [...] servicios sanitarios y sociales, las administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1) La atención a los problemas de salud mental [...].

2) La hospitalización de los pacientes [...].

3) Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

4) Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.”

Debemos señalar los términos *servicios de rehabilitación y reinserción social*. Veremos que ambos están presentes en todas las normativas, ya sean estatales o autonómicas. Encontraremos matices, pero las referencias a lo social aparecen bajo ese formato y raramente se incluye la expresión *trabajo social*.

Señalamos también la referencia frecuente a la “asistencia integral”, que si bien interpretamos que se refiere a la unión de lo social y lo sanitario, es una interpretación particular que en ningún caso viene más detallada. En el capítulo primero de la organización general del sistema sanitario público se dice:

“b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación”.

Vamos a aportar algunas reflexiones sobre la Ley General de Sanidad y el trabajo social sanitario.

Tabla 1

Texto de la ley	Comentario
<p>Título primero: del sistema de salud. Capítulo primero: de los principios generales.</p> <p>Artículo 6. Las actuaciones de las administraciones públicas sanitarias estarán orientadas: [...]</p> <p>[punto 5] a promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y la reinserción social del paciente.</p>	<p>Se cita en las primeras páginas del texto el concepto <i>reinserción social</i> que por la mayoría de los profesionales se interpreta como una alusión clara a la intervención desde el "trabajo social". Más adelante se produce el cambio.</p>
<p>Artículo 7. Los servicios sanitarios [...] adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.</p> <p>Estos principios son tomados en gran parte de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo (artículo 3.1.) y del artículo 103 de la Constitución.</p>	<p>Por su naturaleza, el trabajo social sanitario optimiza los servicios sanitarios y evita su utilización por razones no médicas.</p> <p>El trabajo social sanitario, a modo de ejemplo y liderando el protocolo del programa de planificación del alta sanitaria, reduce los tiempos de espera en la gestión de la continuidad asistencial, uno de los objetivos de la planificación del alta. Asimismo, la intervención psicosocial ayuda a la persona y a su familia a establecer una proporción adecuada de la magnitud del problema real que están padeciendo.</p> <p>Por lo tanto, los principios de "eficacia, celeridad, economía y flexibilidad" también vienen realizados por la acción de los trabajadores sociales sanitarios, que, al trabajar con la persona y la familia, penetran en el territorio final, que es la voluntad de la persona.</p> <p>El mejor tratamiento médico puede romperse si no existe una red social capaz de sostenerlo y garantizarlo.</p>
<p>Artículo 8.1. Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica.</p>	<p>Si bien es cierto que la investigación aplicada es un punto débil del trabajo social sanitario, no es menos cierto que la información está disponible en la mayoría de los servicios. Cabe iniciar proyectos de ordenación para que se facilite su estudio e interpretación, siempre desde la perspectiva del trabajo social, es decir, buscando caminos hacia la mejora a partir de la propia persona.</p>
<p>Capítulo III: de la salud mental</p> <p>Artículo 20. Sobre la base de la plena integración [...] servicios sanitarios y sociales, las administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios: [...]</p> <p>3) Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.</p> <p>4) Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.</p>	<p>En el caso de la salud mental, uno de los campos más desarrollados del trabajo social sanitario puede suscribirse lo mismo que en la asistencia sanitaria general.</p>

Texto de la ley	Comentario
<p>Título III Capítulo primero: de la organización general del sistema sanitario público [...] Artículo 47.1. Se crea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que estará integrado por un representante de cada una de las comunidades autónomas y por igual número de miembros de la Administración del Estado.</p>	<p>El representante del Consejo Interterritorial de cada comunidad es, en principio, el consejero competente en materia de sanidad.</p>

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica

Si bien más adelante se desarrolla ampliamente este punto en las páginas siguientes desde el trabajo social sanitario, conviene que ahora nos fijemos en los principios que la Ley declara como básicos y que nos preguntemos ¿cómo asumimos y aplicamos estos principios?

“Artículo 2. Principios básicos.

- 1) La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
- 2) Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
- 3) El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
- 4) Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
- 5) Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.
- 6) Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no solo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.
- 7) La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.”

Ello sugiere el diseño de un consentimiento informado cuando de su intervención se deriva, por ejemplo, una gestión con terceros. Así, damos forma legal a la intervención desde el trabajo social sanitario, de manera que quede patente la aplicación del marco legal sanitario, como hacen los demás profesionales. Dentro de los procedimientos de trabajo social sanitario incluiremos el consentimiento informado.

De nuevo reflexionamos sobre los detalles acerca de la organización actual de los servicios sanitarios y de los servicios que a su vez los componen.

Tabla 2

Texto de la ley	Comentario
<p>Artículo 2. Principios básicos [...] 2) Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. [...] 6) Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.</p>	<p>Cabe elaborar en el trabajo social sanitario como la culminación de un proceso de información y diálogo para cuando de su intervención se deriva, por ejemplo, una gestión que implica una derivación a otro servicio. La existencia de un documento donde conste el consentimiento dará a la intervención desde el trabajo social sanitario la forma que exige la ley, y quedará claro que se está asumiendo y aplicando el marco legal sanitario, el mismo que aplican los demás profesionales. Así, uno de los nuevos procedimientos del servicio de trabajo social sanitario debe ser “el consentimiento informado”.</p>
<p>Artículo 3. Las definiciones legales. A efectos de esta Ley se entiende por: [...] Historia clínica: el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial. [...] Informe de alta médica: el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas.</p>	<p>Cabe definir, en este caso, trasladar la definición y su valor documental de la historia social, para ser precisos, la historia de trabajo social sanitario a los órganos competentes. El informe social sanitario de alta, o el informe social sanitario para otros fines, también debe presentarse como un documento de valor, puesto que incluye el diagnóstico social para la persona, ya que en él se relata su acto vital, que ha sido motivo de la intervención del trabajador social sanitario.</p>

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

“Artículo 12. Prestación de atención primaria.

1) La atención primaria es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social.”

El texto del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, es literal al anterior. Se reproduce textualmente.

Dicha Ley se ha comentado al principio del texto señalando que los términos *reinserción social* dieron paso al *trabajo social* en el artículo 12 y se ha señalado también que en ningún otro artículo aparece la expresión *trabajo social*.

Tabla 3

Texto de la disposición	Comentario
<p>Artículo 12. Prestación de atención primaria. 1) La atención primaria es el nivel básico e inicial de atención [...] y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social.</p>	<p>Como puede verse, se mantiene el mismo texto, sólo que ya se habla de trabajo social.</p>

Es importante el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Esta disposición permanece en vigor en tanto no se determine la cartera común de servicios del Servicio Nacional de Salud prevista en las disposiciones del RDL 16/2012, de 20 de abril.

De su contenido, resaltamos:

“Art. 5.4. No se incluirán en la cartera de servicios comunes:

a) Aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos:

- Cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada.
- Que se encuentren en fase de investigación clínica, salvo los autorizados para uso compasivo.
- Que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita.
- Que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares.

b) La realización de reconocimientos y exámenes o pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros.

Art. 5.5. La exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento incluido en la cartera de servicios comunes se llevará a cabo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable.
- Haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico o no haber demostrado su utilidad sanitaria.
- Dejar de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente.

Art. 7.3. El procedimiento de evaluación para la actualización de la cartera de servicios comunes se aplicará a las técnicas, tecnologías o procedimientos relevantes, que son aquellos que reúnen, al menos, una de las siguientes características:

- Representar una aportación sustancialmente novedosa a la prevención, al diagnóstico, a la terapéutica, a la rehabilitación, a la mejora de la esperanza de vida o a la eliminación del dolor y el sufrimiento.
- Ser nuevas indicaciones de equipos o productos ya existentes.
- Requerir para su aplicación nuevos equipos específicos.

- Modificar de modo significativo las formas o sistemas organizativos de atención a los pacientes.
- Afectar a amplios sectores de población o a grupos de riesgo.
- Suponer un impacto económico significativo en el Sistema Nacional de Salud.
- Suponer un riesgo para los usuarios o profesionales sanitarios o el medio ambiente.
- La aprobación definitiva de las propuestas que se formulen por dicha Comisión corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

Tabla 4

Texto de la ley	Comentario
<p>El capítulo I se ocupa de las prestaciones del Sistema nacional de salud [...].</p> <p>Se define el catálogo de prestaciones como el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos, que comprende las prestaciones de salud pública, atención primaria y especializada, sociosanitaria, urgencias, farmacia, ortoprótesis, productos dietéticos y transporte sanitario.</p> <p>La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.</p>	<p>Es esencial para los trabajadores sociales sanitarios comprender y asumir la diferencia entre el catálogo de servicios y la cartera de servicios. En ningún caso son conceptos sinónimos.</p>
<p>No se incluirán en la cartera de servicios comunes:</p> <p>a) Aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos:</p> <p>1) Cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada. [...]</p>	<p>Aunque aisladas y pocas, existen investigaciones de trabajadores sociales que certifican dichos beneficios. Pero aun sin existir, pueden realizarse retrospectivamente. El trabajo social sanitario está ahí y sus efectos también.</p> <p>En ciencia, lo que no se ha descubierto no se niega porque se sabe que no significa que no exista.</p>

Texto de la ley	Comentario
<p>El procedimiento de evaluación para la actualización de la cartera de servicios comunes se aplicará a las técnicas, tecnologías o procedimientos relevantes, que son aquellos que reúnen, al menos, una de las siguientes características:</p> <p>a) Representar una aportación sustancialmente novedosa a la prevención, al diagnóstico, a la terapéutica, a la rehabilitación, a la mejora de la esperanza de vida o a la eliminación del dolor y el sufrimiento.</p> <p>b) Ser nuevas indicaciones de equipos o productos ya existentes.</p> <p>c) Requerir para su aplicación nuevos equipos específicos.</p> <p>d) Modificar de modo significativo las formas o sistemas organizativos de atención a los pacientes.</p> <p>e) Afectar a amplios sectores de población o a grupos de riesgo.</p> <p>f) Suponer un impacto económico significativo en el Sistema nacional de salud.</p> <p>g) Suponer un riesgo para los usuarios o profesionales sanitarios o el medio ambiente.</p> <p>La aprobación definitiva de las propuestas que se formulen por dicha Comisión corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.</p>	<p>La satisfacción de los requisitos de este punto es la gran puerta hacia aparecer en la cartera de servicios del Sistema nacional de salud más allá de la cita actual.</p> <p>Ello abriría las puertas en las comunidades autónomas.</p> <p>Y ved la importancia y el trabajo que desempeña el Consejo Interterritorial.</p>

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias

Esto es así porque la Ley General de Sanidad es una norma de naturaleza predominantemente organizativa, cuyo objetivo primordial es establecer la estructura y el funcionamiento del sistema sanitario público en el nuevo modelo político y territorial del Estado que deriva de la Constitución de 1978.

“Artículo 2. Profesiones sanitarias tituladas.

1) De conformidad con el artículo 36 de la Constitución, y a los efectos de esta Ley, son profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable.

Las profesiones sanitarias se estructuran en los siguientes grupos:

a) De nivel licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para licenciados a que se refiere el título II de esta Ley.

b) De nivel diplomado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de diplomado en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en logopedia y en nutrición humana y dietética y los títulos oficiales de especialista en ciencias de la salud para tales diplomados a que se refiere el título II de esta Ley.

a) Enfermeros: corresponde a los diplomados universitarios en Enfermería la dirección, evaluación y prestación de los cuidados de enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades.

b) **Fisioterapeutas:** corresponde a los diplomados universitarios en Fisioterapia la prestación de los cuidados propios de su disciplina, a través de tratamientos con medios y agentes físicos, dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas, así como a la prevención de las mismas.

c) **Terapeutas ocupacionales:** corresponde a los diplomados universitarios en Terapia Ocupacional la aplicación de técnicas y la realización de actividades de carácter ocupacional que tiendan a potenciar o suplir funciones físicas o psíquicas disminuidas o perdidas, y a orientar y estimular el desarrollo de tales funciones.

d) **Podólogos:** los diplomados universitarios en Podología realizan las actividades dirigidas al diagnóstico y tratamiento de las afecciones y deformidades de los pies, mediante las técnicas terapéuticas propias de su disciplina.

e) **Ópticos-optometristas:** los diplomados universitarios en Óptica y Optometría desarrollan las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas.

f) **Logopedas:** los diplomados universitarios en Logopedia desarrollan las actividades de prevención, evaluación y recuperación de los trastornos de la audición, la fonación y del lenguaje, mediante técnicas terapéuticas propias de su disciplina.

g) **Dietistas-nutricionistas:** los diplomados universitarios en Nutrición Humana y Dietética desarrollan actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.”

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad únicamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación, aunque prevé, como competencia del Estado, en el art. 40, puntos 10 y 11, la homologación de programas de formación posgraduada, el perfeccionamiento y la especialización del personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios.

Tabla 5

Texto de la ley	Comentario
<p>La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, únicamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias [...]</p> <p>Artículo 2. Profesiones sanitarias tituladas.</p> <p>1) De conformidad con el artículo 36 de la Constitución, y a los efectos de esta Ley, son profesiones sanitarias, tituladas y reguladas aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable.</p>	<p>En este caso, la universidad es quien puede abrir el camino para buscar el reconocimiento del trabajo social sanitario como profesión sanitaria.</p> <p>Pero las condiciones exigidas no parecen muros insalvables. Por supuesto, cabe una asesoría legal especializada, pero es solo cuestión de dar la forma que exige la normativa a lo que se está haciendo, a lo que existe.</p>

1.1.2. Breve análisis del ámbito autonómico según la Ley de Sanidad y las referencias, explícitas o implícitas, al trabajo social sanitario

Para este apartado se recomienda acudir al documento citado elaborado con motivo de la Intercolegial de Sanidad del 1 de marzo del 2008 y en poder de los colegios. No obstante, se reflejan aquellos ejemplos más sangrantes constatando de antemano que en ningún caso se cita el trabajo social sanitario directamente.

Tabla 6

Referencia de la Ley	Cómo aparece el trabajo social citado
Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía Orden, de 7 de junio de 2002, por la que se actualiza el mapa de atención primaria de salud de Andalucía	No se cita el trabajo social sanitario.
Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón	Artículo 2. Principios rectores. a) Concepción integral de la salud, incluyendo actuaciones hacia todos los factores determinantes de la misma en los campos de la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación e integración social.
Asturias: Ley 1/92, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias Decreto 2/2006, de 12 de enero, por el que se regula la constitución y el funcionamiento de los consejos de salud de zona	No aparece el trabajo social sanitario si bien la comunidad está pendiente de la aprobación de una normativa específica. Artículo 4. Composición del Consejo de Salud de zona [...] Punto 2.b. Cuatro miembros del equipo de atención primaria, nominados por la gerencia de atención primaria, y entre los que estará un diplomado o diplomada de trabajo social si no lo hubiera.
Canarias: Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias	Artículo 3. Funciones. [...] e) Ejecución de las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.
Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria	No se cita el trabajo social sanitario si bien se hace mención a la creación e impulso de programas de coordinación con los ámbitos social y sociosanitario.
Castilla y León: Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.	No se cita el trabajo social sanitario si bien se hace mención a la asistencia integral y a la coordinación. Incluye a los servicios sociosanitarios entre las prestaciones sanitarias, e incluye al trabajo social dentro de la atención primaria, cuando trata de la ordenación funcional del sistema.
Castilla-La Mancha: Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha	No se cita el trabajo social sanitario.

Referencia de la Ley	Cómo aparece el trabajo social citado
<p>Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud</p>	<p>Art. 41. 2) El equipo de atención primaria será el conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios a) Personal sanitario [...] a.3) Asistentes sociales de atención primaria. b) Personal no sanitario En la Ley 8/2007 no se cita el trabajo social sanitario.</p>
<p>Comunidad de Madrid: Ley 12/ 2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria</p>	<p>Sección 2.a. Asistencia sanitaria. 2) El Servicio Madrileño de Salud contará con una organización adecuada que permita: a) La atención integral de la salud del individuo, comprensiva tanto de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, como de las acciones curativas y rehabilitadoras necesarias, que colabore en la reinserción social, en el ámbito de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública.</p>
<p>Comunidad Valenciana: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana</p>	<p>No se cita el trabajo social sanitario si bien el Colegio aportó normativa anterior donde sí se citaba.</p>
<p>Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura</p>	<p>Artículo 3. Principios rectores. La presente ley se inspira en los siguientes principios: a) Concepción integral de la salud, incluyendo actuaciones de promoción, prevención, asistencia, rehabilitación e incorporación social.</p>
<p>Galicia: Ley 8/08, de 10 de julio, de Salud de Galicia</p>	<p>En al artículo 50 dice: j) El trabajo social con los usuarios y usuarias, en coordinación con el sistema de servicios sociales.</p>
<p>Islas Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares</p>	<p>Capítulo II. La Ley tiene como eje central la atención de la salud del ciudadano en todas sus vertientes, desde la educación para la salud, las acciones preventivas, las medidas públicas de protección de la salud individual y colectiva, hasta la atención de la enfermedad, la rehabilitación funcional y la reincorporación social del paciente. Sección 6.a. Derechos de los enfermos mentales. Artículo 17. Derechos específicos de los enfermos mentales. a) La atención integral y multidisciplinar [...] desarrollando los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para esta finalidad. Artículo 91. Centros de salud. 1) Los centros de salud son la estructura física y funcional [...] atención curativa, rehabilitación y reinserción social, así como el de la participación comunitaria.</p>

Referencia de la Ley	Cómo aparece el trabajo social citado
La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja	Capítulo V. Niveles de atención sanitarias. Artículo 48. Niveles asistenciales. [...]. 3) Los cuidados sanitarios y la asistencia social se integrarán de forma coordinada y continuada [...]. Artículo 51. Salud mental y drogodependencias [...]. c) Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral.
Navarra: Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud	Artículo. 16. La atención primaria de salud se presta a través de las estructuras de atención [...]. b) Actividades orientadas a la promoción de la salud, a la prevención de las enfermedades y a la reinserción social.
País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria del País Vasco	b) El desarrollo de la peculiaridad organizativa [...] sino que se encuentran obligadas a desplegar una significativa actividad de prestación e intermediación social y, en consecuencia, a configurar todo un dispositivo de servicios públicos sanitarios.
Región de Murcia: Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia	No se cita el trabajo social sanitario.
Ceuta: Decreto de la Presidencia de la Ciudad de 31 de julio de 2001	No se cita el trabajo social sanitario.
Melilla: Real Decreto 1515/2005, de 16 de diciembre, sobre traspasos en materia de sanidad	No se cita el trabajo social sanitario.

1.2. Reflexión final

Con este máster de Trabajo social sanitario iniciamos un camino estratégico para el perfeccionamiento de la práctica profesional de acuerdo con las exigencias del siglo XXI. La importancia de organizar nuestras intervenciones de acuerdo con el marco legal vigente nos proporcionará ese espacio de credibilidad que se apoya en conocimientos, procedimientos e investigaciones.

2. Aspectos generales del derecho sanitario internacional y estatal

2.1. Derecho sanitario

Rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de las actividades relacionadas con la salud.

2.1.1. Normas internacionales

En este apartado nos limitamos a dejar nota de los textos de derecho Internacional relacionados con el tema, que en el siguiente apartado serán objeto de un comentario más detallado.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU), 10/10/48.
 - Artículo 25. Derecho a la protección de la salud, la asistencia médica y los servicios sociales.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Nueva York, 16/12/66.
 - Artículo 12. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- Carta Social Europea, Turín, 18/10/61.
 - Artículo 11. Derecho a la protección de la salud.
 - Artículo. 13. Derecho a la asistencia social y médica.
- Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, Oviedo, 04/04/97. Establece la protección de la persona humana en el ámbito de aplicación de la medicina y la biología.
- Unión Europea, conforme al contenido de los tratados constitutivos en la versión dada a los mismos por el Tratado de Lisboa, 13/12/07.
 - Tratado de la Unión Europea.
 - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado de la Comunidad Europea).
 - Art. 168 (antiguo art. 152 TCE), sobre salud pública, que ordena definir y ejecutar todas las políticas y acciones de la Unión para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Estrasburgo 12/12/07.

- Artículo 35. Derecho a la protección de la salud.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, San Salvador, 17/11/88.
 - Artículo 10, que reconoce el derecho a la salud.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos, Banjul, 27/07/81.
 - Artículo 16. Derecho a la protección de la salud.

El ámbito de la sanidad no se agota en la actividad asistencial, si bien esta pueda ser la más inmediata y visible, puesto que se proyecta sobre los más diversos espacios donde el hombre se desenvuelve, y requiere así actuaciones públicas para la promoción y protección de la salud, así como del bienestar general de la sociedad.

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia define **sanidad** como:

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

Y la **salud** como:

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

Por consiguiente, el derecho sanitario constituye aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de las actividades relacionadas con la salud de los ciudadanos o, dicho de otra manera, las relaciones jurídicas que inciden en el ámbito de la salud.

Quizás exista una cierta contradicción verbal y/o conceptual, pues cuando hablamos de sanidad y de asistencia sanitaria, nos estamos refiriendo, básicamente, al cuidado, atenciones y tratamiento de la persona enferma dirigido a la curación o recuperación de la salud.

La contemplación de la salud en sí misma, del individuo sano, se contiene en las normas sobre salud pública, que a nivel estatal podemos concretar en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Podemos establecer dos ámbitos diferenciados dentro de la actividad sanitaria, y por consiguiente, del derecho sanitario, el que se refiere a la asistencia sanitaria propiamente dicha y el que contempla todo lo referente a la salud pública².

Referencia bibliográfica

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

⁽²⁾En algunos textos legales se identifica como higiene y salud pública.

La íntima relación existente entre la salud y la vida de la persona, que por otra parte es un bien limitado en el tiempo, determina que el derecho a la protección de la salud haya alcanzado un rango superior y se encuentre catalogado entre los derechos fundamentales de carácter social, también denominados prestacionales.

Dicho esto, podemos contemplar diferentes niveles normativos en materia de sanidad, que en un mundo globalizado como el actual nos llevan a contemplarlos en sentido descendente, del ámbito global o internacional al local o interno.

2.1.2. Derecho sanitario internacional

Los diferentes tratados internacionales sobre reconocimiento y protección de los derechos humanos son las fuentes que nos permiten conocer y estudiar el desarrollo del derecho a la protección a la salud, al tiempo que constituyen la piedra de toque, o norma de referencia, a la hora de determinar el grado de desarrollo en la protección del derecho alcanzado por cada uno de los Estados.

A este respecto debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales son normas paccionadas entre los Estados, en virtud de las cuales se obligan (los Estados partes del tratado) al cumplimiento de unas determinadas obligaciones. Y que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de aplicación directa en España hasta su integración en el ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE (art. 96 de la Constitución, y art. 1 del Código civil).

1) En la enumeración de las normas internacionales debemos partir de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, aprobada en París por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

La Declaración Universal de Derechos Humanos **no es** un tratado internacional ni constituye propiamente un pacto. Tal como su nombre indica, se trata de una declaración que carece de valor jurídico, pero que, a pesar de ello, tiene una gran fuerza moral, incrementada, exponencialmente, con el paso del tiempo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en la parte dedicada a recoger los derechos económicos, sociales y culturales, incluye el artículo 25, cuyo primer párrafo es del siguiente tenor:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, **la salud y el bienestar**, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, **la asistencia médica** y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Por consiguiente, desde la Declaración de 1948, la protección de la salud, la asistencia médica y los servicios sociales se incluyen dentro de los derechos humanos reconocidos a toda persona. Partiendo de este reconocimiento, corresponde a cada uno de los Estados articular las medidas necesarias para la efectividad de tales derechos.

2) Fue necesario esperar hasta el 16 de diciembre de 1966 para que los Estados adquieran un mayor nivel de compromiso en el reconocimiento, catalogación y protección de los **derechos humanos**.

En esta fecha, y también en el ámbito de la ONU, se firmaron en Nueva York los **Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**.

Se trata de dos pactos internacionales diferentes, elaborados y firmados en paralelo, y a los que corresponde un ámbito material diferente, mediante los cuales los Estados quedan jurídicamente obligados a la protección de los derechos humanos. Entraron en vigor en 1976.

A nuestros efectos, interesa solo el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), mediante el cual los Estados parte asumen la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos y destinan a ello los recursos disponibles.

En el artículo 12, dispone:

“Artículo 12

1) Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental.

2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados parte en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños.

b) La mejora en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

La efectividad de los derechos reconocidos no es inmediata, sino gradual y condicionada a la disponibilidad de los medios necesarios para ello. Por otra parte, no se puede decir que los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sea especialmente severo o contundente (a diferencia de lo que establecen otros convenios internacionales, como es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos) y se limita a disponer que los Estados deben presentar, periódicamente, informes sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas, en los que deben reflejar las

medidas adoptadas y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el Pacto. Los informes son conocidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, en inglés), con sede en Ginebra, que efectúa funciones de control al formular observaciones a los informes presentados y dar orientaciones a los Estados para el cumplimiento de los pactos.

Tales “observaciones” vienen reiterando el carácter vinculante del Pacto y llaman la atención sobre la necesidad de no minimizarlo, al señalar que en el mismo se reconocen unos derechos respecto de los cuales los Estados deben asegurar la satisfacción de un núcleo mínimo que no puede ser ignorado.

La “observación” publicada el 11 de agosto del 2000 está referida a la interpretación del contenido del artículo 12 del PIDESC (derecho a la protección de la salud) y al alcance de las obligaciones asumidas por los Estados.

Y una observación final, en ningún momento debemos olvidar que el propio PIDESC impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para la efectividad de los derechos sociales reconocidos.

En 10/12/08, la Asamblea General de la ONU aprobó el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, actualmente abierto a la firma y ratificación de los Estados, que, cuando entre en vigor, permitirá recibir y considerar comunicaciones individuales relacionadas con el respeto de los derechos humanos y el cumplimiento el PIDESC.

Europa

En el ámbito del Consejo de Europa, organización internacional que agrupa a 47 Estados del continente europeo y denominado regional (entendido desde una perspectiva mundial), después del **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el que se contiene el reconocimiento de derechos personales de carácter civil y político, se acometió la tarea del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se concretó en la denominada **Carta Social Europea**, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

La Carta Social Europea, además del reconocimiento de derechos relacionados con el trabajo, contiene también derechos sociales, entre los que encontramos el derecho a la protección de la salud y a la asistencia médica, en los siguientes términos:

“Artículo 11. Derecho a la protección de la salud.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

- 1) Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

Web

Las “observaciones” se pueden consultar en la página de internet <http://www2.ohchr.org/spanish>

2) Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

3) Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

Artículo 13. Derecho a la asistencia social y médica.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:

1) A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

2) A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

3) A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

4) Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953".

La Carta Social Europea, en un sistema muy similar al del PIDESC pero quizás con un efecto vinculante menor, establece, como mecanismo de control, la obligación de los Estados parte de librar informes bianuales a la Secretaría General del Consejo de Europa sobre la aplicación de las disposiciones que hubieren aceptado.

Sin negar la influencia moral y política de la Carta Social Europea, su vinculación jurídica es limitada, por efecto de los mecanismos de control establecidos y la coincidencia material con los tratados y convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

El 3 de mayo de 1996, en el seno del Consejo de Europa, se firmó el texto de la Carta Social Europea Revisada, que ha quedado abierto a la ratificación de los Estados miembros, que pretende avanzar en la coordinación de las políticas sociales de los Estados europeos y obtener un mayor reconocimiento y protección de los derechos sociales.

Pero la norma de mayor importancia y trascendencia en el ámbito "regional" del Consejo de Europa, por sus efectos en la configuración y regulación de las relaciones jurídicas sanitarias, es el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina**³ firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁽³⁾Más conocido como Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina.

El Convenio de Oviedo tiene por objeto la protección de la persona humana, su dignidad e integridad, en el ámbito de aplicación de la medicina y la biología, por lo que no estamos ante una norma internacional de protección de los derechos sociales, sino ante un pacto internacional que obliga a los Estados a establecer normas encaminadas a la protección de los derechos personales y,

en este sentido, el Convenio recoge los progresos realizados por las sociedades europeas, representadas por los diferentes Estados, en el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Diríamos que representa la evolución natural del contenido del Convenio de Roma aplicado en una de las situaciones en las que la persona se pueda hallar más desprotegida, en tanto que la enfermedad debilita sus fuerzas y capacidades y debe confiar en la asistencia de otros.

Se trata de una norma que contempla específicamente la prestación de asistencia sanitaria desde la perspectiva de la protección de los derechos individuales de la persona humana.

Por aplicación de las disposiciones de la Constitución española sobre el efecto de los tratados internacionales, el contenido del Convenio de Oviedo es directamente aplicable desde el momento de su ratificación y publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y conforme a lo previsto en el propio tratado inició su vigencia en España el día 1 de enero del 2000. Su incidencia más destacable en el ordenamiento jurídico español se halla en la promulgación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

Normativa de la Unión Europea:

- **Los tratados constitutivos**

La Unión Europea no es un organismo internacional, sino un ente supranacional que ejerce las competencias que le han sido cedidas por los Estados miembros. Nacida por transformación de las comunidades económicas europeas constituidas en 1952 y 1957, su finalidad, a largo plazo, es conseguir la unión política de los Estados miembros, lo que se consigue mediante la unión económica y la armonización normativa, así como el establecimiento de los derechos a la libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios.

La Unión Europea no ha establecido normas en el ámbito de la asistencia sanitaria, cuya organización y prestación es competencia de los Estados miembros, pero ejerce importantes competencias en materia de salud pública y ha dictado diversas directivas para establecer la necesaria coordinación y armonización de las diferentes legislaciones estatales con el objeto de lograr un nivel uniforme de protección de la salud pública en todo el ámbito comunitario.

Por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre del 2007, se ha dado nueva redacción a los Tratados constitutivos de la UE, procediendo después a publicar la versión consolidada de los mismos. El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht 07/02/92, no contiene ninguna referencia a la asistencia sanitaria. El antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cambia su nombre, y es sustituido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En el art. 3 se relacionan las competencias exclusivas de la Unión, y en el art. 4, las que comparten la Unión y los Estados miembros, entre las que se encuentran la política

social, el medio ambiente y la protección de los consumidores. En el art. 6, se otorga competencia a la Unión para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la protección y mejora de la salud humana, entre otros.

Los art. 151 a 161 están dedicados a la política social (teniendo presentes los derechos sociales fundamentales reconocidos en la Carta Social Europea).

El art. 168, único del título XIV, bajo el rótulo de Salud Pública, contiene una larga y detallada disposición que pretende coordinar y complementar las políticas nacionales en la materia, para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana (se corresponde con el antiguo art. 152 del TCE, respecto del cual existen pocas modificaciones).

Las normas de la Unión Europea inciden especialmente en la seguridad alimentaria, la sanidad animal, la prevención de riesgos laborales, los medicamentos y productos sanitarios, las transfusiones sanguíneas y los trasplantes de órganos, así como en la protección radiológica en exámenes y tratamientos médicos, con el fin de garantizar la calidad y la seguridad en un mercado único donde existe libertad de circulación de personas, productos y servicios, tras establecer una Agencia Europea del Medicamento, una Agencia Europea de Seguridad Alimentaria, además de una Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, con sede en Bilbao.

Conforme a las disposiciones del TFUE, las competencias para la organización y la gestión de los servicios sanitarios corresponde a los Estados miembros, la UE asume competencias complementarias y de apoyo en aplicación del principio de subsidiariedad.

El ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza se halla contemplado en la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo, cuyo contenido debe incorporarse a la legislación interna de los Estados miembros antes del 25 de octubre del 2013. En la misma se regula el acceso a los servicios sanitarios en otro país, y el reembolso de los gastos de asistencia en el país de residencia, complementando y ampliando las disposiciones del Reglamento CEE 1408/71, del Consejo, de 14 de junio, sobre seguridad social de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias.

El art. 168 TFUE da cobertura a las normas sobre calidad y seguridad de medicamentos, productos sanitarios, órganos y sustancias de origen humano, y las disposiciones sobre trazabilidad de los mismos.

- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

Durante el Consejo Europeo celebrado en Colonia en junio de 1999, la Unión Europea decidió establecer una carta que contuviera los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión.

El texto, en forma de declaración y por ello sin ir más allá del compromiso político de sus firmantes, fue proclamado en Niza el 7 de diciembre del 2000. En él se aglutinan los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos de la Unión, que recogen las tradiciones y los derechos fundamentales comunes de los Estados miembros, así como la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el con-

tenido de las cartas sociales europeas, lo que sintetiza los valores comunes de los Estados de la Unión.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorpora el reconocimiento de derechos individuales y sociales surgidos con posterioridad a la Declaración de las Naciones Unidas de 1948 y al Convenio Europeo de 1950, tales como los derechos de las personas mayores y de los niños, la protección de datos personales, el consentimiento a las intervenciones médicas y la protección del medio ambiente, junto con la enumeración de los derechos vinculados a la condición de ciudadano de la Unión Europea.

En el ámbito de los derechos sociales, a los que se denomina derechos de solidaridad, se incluyen, separadamente, los derechos a la seguridad social y a la ayuda social y el derecho a la protección de la salud.

Una vez firmada y proclamada la Carta de Derechos Fundamentales, la Unión Europea ha evolucionado en su organización y estructuración y ha ampliado el número de Estados miembros, por lo que ha elaborado un nuevo tratado constitutivo que modifica los actualmente vigentes. Este nuevo tratado constitutivo fue aprobado en Lisboa el 13 diciembre del 2007. Junto con el nuevo tratado, la Unión Europea ha redactado una nueva Carta de Derechos Fundamentales que fue firmada en Estrasburgo el 12 de diciembre del 2007. Entró en vigor al mismo tiempo que el Tratado de Lisboa, y tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

La novedad de esta carta de derechos es que su contenido comporta una vinculación jurídica para los Estados y sus disposiciones para los Estados miembros, ya que el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, conforme a lo establecido en el Tratado de Lisboa, le confiere el mismo valor jurídico que los tratados, lo que constituye un gran paso en la protección de los derechos humanos y, en lo que aquí interesa, en el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, puesto que la Carta, que reconoce la competencia estatal en la prestación de la asistencia sanitaria, dispone:

“Artículo 35. Protección de la salud.

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

El continente americano

En 1948 se constituyó la Organización de Estados Americanos (OEA), pero hasta el 22 de noviembre de 1969 no se firmó la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, que recoge la enumeración de los derechos civiles y políticos reconocidos en el continente y destina un solo artículo, el 26, al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, donde se recoge el compromiso de los Estados miembros al desarrollo progresivo, y en

la medida de los recursos disponibles, de los que se deriven de las normas económicas, sociales y culturales, de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

El 17 de noviembre de 1988 se firmó en San Salvador el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en 22 artículos, enumera los reconocidos, siempre con el compromiso de conseguir progresivamente la plena efectividad de los mismos.

Junto al derecho a la seguridad social, al medio ambiente sano y a la alimentación, reconoce el derecho a la salud (no el derecho a la protección de la salud, que es el único objetivo alcanzable, puesto que la salud no se puede garantizar en ningún caso) y, recogiendo la definición dada en su momento por la Organización Mundial de la Salud, dice:

“Artículo 10. Derecho a la salud.

1) Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2) Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

África

Es el último continente que se ha unido a la protección de los derechos humanos mediante **la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**, aprobada en Nairobi el 27 de julio de 1981, donde se recogen, conjuntamente, los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a la protección de la salud, recoge también la definición de la Organización Mundial de la Salud y dispone lo siguiente:

“Artículo 16

- 1) Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible.
- 2) Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos”.

La Carta Africana prevé la constitución de una comisión sobre derechos humanos para su promoción y para garantizar su cumplimiento. Únicamente están legitimados los Estados para presentar denuncias de otros Estados sobre violaciones de los derechos reconocidos en la Carta.

2.2. El derecho sanitario estatal (español)

Desarrollando las previsiones contenidas en el artículo 43 de la Constitución de 1978, se han dictado diferentes normas que regulan la organización de los servicios sanitarios en España, empezando por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

La LGS se ocupa preferentemente de la organización del sistema sanitario. En esta norma, el legislador contempla por primera vez el ámbito sanitario en su globalidad y lo ordena de forma sistemática en su integridad, al desvincular la asistencia sanitaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social y configurar el nuevo marco normativo del sector.

Solo dedica tres disposiciones (artículos 9, 10 y 11) a la enumeración de los derechos y deberes que configuran la relación jurídica sanitaria y que afectan tanto a enfermos y usuarios como a los prestadores de servicios, sean estas entidades públicas o privadas.

La LGS proclama la universalización de la asistencia sanitaria mediante su extensión a toda la población (artículos 1.2, 3.2, 6.4, 16, 46.a y 80), pero **de forma progresiva**, tal como indica la disposición adicional quinta, lo que es reiterado posteriormente por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema.

La pretendida universalización de la asistencia sanitaria no se ha transformado en un derecho real y efectivo, por cuanto el sistema sanitario sigue vinculado a una base contributiva a la Seguridad Social. Si bien es cierto que la asistencia se ha ampliado a los colectivos más desfavorecidos, que no disponen de los ingresos considerados mínimos y por ello perciben pensiones no contributivas (o de asistencia social), aún quedan sin cobertura un número importante de personas que no han cotizado y que, sin que puedan considerarse ricos ni potentados, tienen ingresos ligeramente superiores a los mínimos, junto con otros colectivos, generalmente profesionales, a quienes no alcanza la cobertura sanitaria y que algunos estudios cifran en torno al 5% de la población.

Se argumenta que esta situación comporta un incumplimiento de la Ley y que es contraria al principio constitucional de igualdad, ya que al haber sido establecido un sistema que se financia con aportaciones públicas, procedentes de los ingresos tributarios, las prestaciones deben extenderse a toda la población por cuanto todos los ciudadanos contribuyen al mismo con sus impuestos.

Con lo dicho podemos considerar que la asistencia sanitaria en España se configura como un servicio público del Estado, si bien con algunas lagunas, pero debemos tener en cuenta que, al mismo tiempo, se incluye dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, conforme dispone el art. 38 del Real Decreto Legislativo 1/994, de 20 de junio, que aprueba el vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con lo cual resulta que se trata de un servicio público dual.

Las últimas reformas legislativas, impuestas en el contexto de la crisis económica que nos afecta desde hace unos años, parece que han abierto una vía estableciendo un sistema de asistencia sanitaria vinculada al sistema de seguros sociales, que se hace visible en las disposiciones contenidas en el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la Calidad y Seguridad de sus Prestaciones. Este Real Decreto Ley, y el posterior Real Decreto 1192/12, de 3 de agosto, que lo desarrolla, reconoce el derecho a recibir asistencia sanitaria del SNS a los asegurados, reconociendo tal condición de asegurados a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta, o asimilada a la de alta, a los pensionistas del Sistema de Seguridad Social, y a los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la misma.

A partir de esta disposición, resulta que la asistencia sanitaria pública está financiada por los Presupuestos Generales del Estado, pero la condición de afiliado y/o de pensionista del Sistema de Seguridad Social determina el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública en el SNS.

Siguiendo un orden cronológico, la siguiente disposición que encontramos es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Médica.

Esta disposición sigue los postulados del convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina, y modifica, ampliándolo y precisándolo, el catálogo de derechos y deberes de la LGS, al regular, por primera vez, las instrucciones previas, o voluntades anticipadas, que cualquier persona puede emitir en previsión de que, llegado el momento de decidir sobre el tratamiento sanitario que deba seguir, no se halle en condiciones para prestar su consentimiento. La Ley 41/2002 regula el contenido (derechos y deberes) de la relación jurídica sanitaria.

Posteriormente, se publicó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, mediante la que se reorganizó la estructura organizativa del Sistema Nacional de Salud y se establecieron sistemas de cooperación y de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas, en cuanto encargadas de la gestión de los servicios sanitarios, para garantizar la calidad, la equidad y la igualdad de todos los ciudadanos.

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema incorpora los derechos a una segunda opinión facultativa, a recibir asistencia dentro de un plazo razonable (con la regulación de las listas de espera) y el derecho a recibir la misma asistencia en una comunidad autónoma distinta a la de residencia del ciudadano. Al propio tiempo, recorta el principio de universalización de la asistencia y deja fuera de cobertura a los extranjeros que residen ilegalmente en el territorio del Estado.

El RDL 16/2012, introdujo importantes modificaciones en la Ley de Cohesión en el art. 3, introduciendo el requisito de ostentar la condición de asegurado para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria, y en el art. 8, redefiniendo la cartera de servicios.

La ordenación de las prestaciones sanitarias se completa con el establecimiento de una cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud (artículo 20), que es igual para todas las comunidades autónomas, a la que, cada una de ellas, puede añadir los que considere conveniente, que a partir del RDL 16/12 se compone de una cartera común básica, una cartera común suplementaria, una cartera común de servicios accesorios, y una cartera de servicios complementarios de las comunidades autónomas. En el momento de escribir estas líneas (mayo del 2013), está pendiente de publicación el Reglamento desarrollando las nuevas disposiciones sobre las carteras de servicios, y mantiene su vigencia la que fue aprobada mediante el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

Las normas de ámbito estatal, y de carácter general, se completan con la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que regula, detalladamente, la producción, distribución y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

Otras disposiciones regulan ámbitos sectoriales de la sanidad, entre las que citamos:

- La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.
- La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- El art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre Internamiento Forzoso de Incapaces.

2.3. Tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud

En el capítulo III, del título I de la Constitución española de 1978, el legislador constituyente reconoce la mayoría de los que, en otros ámbitos, son conocidos como derechos económicos, sociales y culturales, que los agrupa bajo el rótulo de “principios rectores de la política social y económica”, entre los cuales el artículo 43 proclama el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

Para desarrollar esta disposición constitucional, el legislador ha promulgado la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, además de otras normas que regulan parcelas concretas de la actividad sanitaria y conforman así el marco legislativo de la sanidad en España, antes mencionada.

Al contemplar los derechos fundamentales, conviene tener en cuenta que la Constitución española (en el artículo 53) distingue tres niveles de protección de los derechos que reconoce en su TI, el más bajo de los cuales corresponde a los incluidos dentro de los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52), entre los que se halla el derecho a la protección de la salud, que carecen de amparo ante el Tribunal Constitucional y solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria conforme a las leyes que lo desarrollen. Por tal motivo, un sector de la doctrina sostiene que, sin perder su carácter de derechos fundamentales, incorporan un mandato al legislador para organizar la actividad prestacional.

A este respecto son interesantes los comentarios de Manuel Jiménez de Parga en la conferencia pronunciada con motivo de la apertura del X Congreso de Derecho Sanitario, publicada en el libro de ponencias del Congreso (2003, Madrid: Ed. Mapfre), y de Aurelio Desdentado Bonente, en “Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario” (núm. 5913 de la revista *La Ley*, del 15 de diciembre del 2003).

Una de las principales novedades de la Constitución española de 1978 es el reconocimiento de autonomía política a nacionalidades y regiones a las diferentes comunidades autónomas y, de esta forma, Estado y comunidades autónomas comparten el poder legislativo y el poder ejecutivo.

En lo que respecta al ámbito sanitario, el art. 149.1.16 de la Constitución española atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de sanidad exterior y la legislación sobre productos farmacéuticos, mientras que en lo referente a sanidad interior y asistencia sanitaria, Estado y comunidades autónomas comparten la competencia legislativa, pero corresponde al Estado promulgar las normas básicas, ejercer la alta inspección y la coordinación general de la

actividad prestacional. Por su parte, a las comunidades autónomas corresponde dictar la legislación de desarrollo y ocuparse de la ejecución de las normas, tanto estatales como autonómicas.

Cuando profundizamos en el estudio del tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud, no nos puede pasar desapercibida la conexión que tiene con el derecho a la vida y a la integridad reconocidos en el art. 15 de la norma constitucional, que ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en las sentencias 62/07, de 27 de marzo, y 160/07, de 2 de julio, entre otras, reconociendo que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el art. 15, aunque solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma.

2.3.1. Desarrollo legislativo en materia sanitaria

En este apartado veremos las normas de ámbito estatal y autonómicas, así como otras normas que inciden en el ámbito sanitario.

Normas de ámbito estatal

En el desarrollo legislativo de la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución española, dentro de lo que podemos denominar legislación básica del Estado, encontramos dos tipos de normas:

- Las que tienen **carácter general o global en su ámbito material**. Tienen vocación de ordenar todo el ámbito sanitario y entre ellas se encuentran:
 - La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
 - La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
 - El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina (conocido como el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina; aprobado por el Consejo de Europa y firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 por cuyo motivo se le identifica como Convenio de Oviedo), cuyas disposiciones han entrado a formar parte del ordenamiento interno de los Estados que lo han suscrito y ratificado (para España entró en vigor el 1 de enero del 2000).
 - La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.
 - La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Lecturas complementarias

En el mercado existen diversas recopilaciones de la legislación sanitaria, muy útiles como obras de consulta. Las más recientes son las siguientes:

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*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor.

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

- La Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
- La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- La ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- Las de **carácter sectorial**, que solo contemplan una parte o un aspecto de la actividad sanitaria, algunas de las cuales fueron dictadas aún antes que las normas generales. Son normas de regulación sectorial o parcial del ámbito sanitario:
 - La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.
 - La Ley 30/1980, de 21 de junio, por la que se regulan las autopsias clínicas.
 - La Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otras profesiones relacionadas con la salud dental.
 - La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
 - La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en las disposiciones que inciden en la actividad sanitaria y, de manera especial, el artículos 156, párrafo 2., sobre esterilización de incapaces y el art. 156-bis sobre tráfico ilegal de órganos humanos.
 - La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
 - La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 763 regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (relacionado con los artículos 29, 30, 199 y 200 del Código civil) y el art. 256-b-bis sobre tramitación de diligencias preliminares para solicitar copia de la historia clínica.
 - La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
 - La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.
 - Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva, y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Policía sanitaria mortuoria

Dejamos a un lado las normas sobre policía sanitaria mortuoria, ya que, si bien inciden en aspectos de salud pública, no se refieren a la asistencia sanitaria de la persona y se aplican una vez agotadas o terminadas las prestaciones sanitarias.

Principales normas de las comunidades autónomas

Junto a las anteriores leyes, debemos situar también las normas que han sido dictadas por las diferentes comunidades autónomas en el ámbito sanitario, entre las cuales, y para cada autonomía, podemos también clasificar las que tienen carácter general y las sectoriales.

Para cada comunidad autónoma, además de los respectivos estatutos de autonomía, tienen la consideración de normas sanitarias de carácter general, excusando una relación más pormenorizada, las siguientes:

Tabla 7

Andalucía	Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud Ley 8/1986, de 6 de mayo, de Regulación del Servicio Andaluz de Salud Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Muerte
Aragón	Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Muerte
Asturias	Ley 1/1992, de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado
Canarias	Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias
Cantabria	Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria
Castilla-La Mancha	Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en Materia de la Propia Salud
Castilla y León	Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación con la Salud Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León
Cataluña	Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (arts. 212-1 a 212-7, y arts. 235-8 y 235-13)
Extremadura	Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente

Referencia bibliográfica

Podéis consultar las diferentes normas de las comunidades autónomas en el espacio de recursos del aula.

Galicia	Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes
Islas Baleares	Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares Ley 1/2006, de 3 de marzo, de Voluntades Anticipadas
Madrid	Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (deroga el capítulo III de la Ley 9/1984, de 30 de mayo, de Creación del Servicio Regional de Salud, Servicio Regional de Bienestar Social e Instituto Regional de Estudios) Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente
Murcia	Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia
Navarra	Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (modificada por la Ley Foral 5/2002, de 21 de marzo) Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica
País Vasco	Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria del País Vasco Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las Voluntades Anticipadas en el Ámbito Sanitario
La Rioja	Ley 2/2002, de 17 de abril, de Creación del Servicio Riojano de Salud Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora de las instrucciones previas en el ámbito sanitario
Comunidad Valenciana	Ley 8/1987, de 4 de diciembre, de Creación del Servicio Valenciano de Salud Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana Ley 4/2005, de 17 de junio, de Salud Pública de la Comunidad Valenciana
Melilla	Real Decreto 1515/2005, de 16 de diciembre, sobre trasposos en materia de sanidad
Ceuta	Decreto de la Presidencia de la Ciudad de 31 de julio de 2001

Otras normas que inciden en el ámbito sanitario

Además de las normas jurídicas relacionadas anteriormente, dictadas especialmente para regular, en todo o en parte, el ámbito sanitario, no podemos desconocer las normas que, con un carácter más general o global, regulan las relaciones jurídicas y, entre las mismas y sin querer ser exhaustivo, cabe señalar:

- El Código civil, promulgado por el Real Decreto, de 24 de julio de 1889, especialmente:
 - Artículos 29, 30 y 32 sobre el nacimiento y la muerte de las personas naturales.
 - Artículos 35 a 39 sobre las personas jurídicas.
 - Artículo 108 y siguientes sobre paternidad y filiación.
 - Artículo 215 y siguientes sobre la tutela.
- La Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, y su Reglamento, de 14 de noviembre de 1958, que regula las inscripciones de nacimiento y de defunción de las personas físicas o naturales. Estas normas quedarán derogadas con la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil de 20/2011, de 21 de julio, que debe hacerlo a los tres años de su publicación (22/07/14).
- La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- La Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- El Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Se aplica a todos los prestadores de servicios, sin exclusión de los sanitarios, contemplados expresamente en el artículo 148.
- La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes para adaptarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios (llamada Ley Ómnibus)

Normas forales

Se cita aquí el Código civil por su carácter general, pero hay que advertir que determinadas disposiciones del mismo no son de aplicación en las comunidades autónomas que tienen normas civiles propias (llamadas forales) como es el caso de Baleares, Cataluña, Aragón, Navarra, el País Vasco y Galicia.

3. Protección de la información disponible en el servicio de trabajo social sanitario

- **Información.** Adquisición o comunicación de conocimiento sobre una materia o una persona, limita con la intimidad personal.
- **Intimidad.** Ámbito cerrado a toda intromisión, inmune a indagación o pesquisa de los demás.
- **Confidencialidad.** Compartir secreto con alguien.
- **Dato personal.** Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.
- **Dato de salud.** Cualquier información relativa a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo (incluida la referida al abuso de alcohol, el consumo de drogas, la información genética y los datos psicológicos).

3.1. Planteamiento general

Todo lo relacionado con la información, en tanto que comporta la adquisición y comunicación o transmisión de conocimientos y de noticias sobre alguien, incide, y algunas veces choca, con el derecho a la intimidad personal. Por esta razón, cuando se trata de estudiar cuestiones relacionadas con la información y los datos personales, es conveniente partir de la delimitación conceptual del derecho a la intimidad.

En un mundo global (la aldea global) en el que, quizás como reacción defensiva, a cada día que pasa se acrecienta el individualismo, las tensiones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información se incrementan y por eso se hace necesario conocer los límites de ambos.

3.1.1. La intimidad personal

El derecho a la intimidad personal forma parte de los derechos de la personalidad instituidos para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades. Su reconocimiento entre los derechos humanos, o fundamentales, se produjo en épocas relativamente recientes, a partir de la obra de S. Warren y L. Brandeis "The Right to Privacy", publicada en la *Harvard Law Review* el 15 de diciembre de 1890, que se desarrolló rápidamente y fue recogida en la

Referencia bibliográfica

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

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los posteriores tratados internacionales sobre la materia, así como en las constituciones de los diferentes Estados.

El artículo 18 de la Constitución española de 1978 dice lo siguiente:

“1) Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

4) La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Sin embargo, las normas que reconocen el derecho a la intimidad no establecen su contenido y debemos acudir al metalenguaje de los usos sociales para tener una definición de aquel, de donde resulta que la intimidad se configura como un ámbito cerrado a toda intromisión, inmune a toda indagación o pesquisa de los demás, donde el individuo guarda los hechos o datos cuyo conocimiento reserva para sí mismo.

En el camino seguido en la búsqueda de una definición de la intimidad, se partió desde la idea del derecho a estar solo, o a estar apartado de los demás, hasta unirla a la noción de control sobre la información de cada uno, y al concepto de autodeterminación informativa, señalando el carácter dinámico del derecho a la intimidad, y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La intimidad es una esfera cerrada para los demás, un ámbito de actividad propia de cada individuo y, en este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, dice que:

“la intimidad garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida frente al conocimiento y la acción de terceros, sean estos entes públicos o simples particulares, que está ligado al concepto de dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.”

En definitiva, el derecho a la intimidad se concreta en la posibilidad de excluir del conocimiento de los demás aquellos aspectos (hechos, circunstancias, información) que uno guarde para sí mismo.

El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo, referido a la protección de las materias que alberga, y otro negativo, que consiste en impedir el conocimiento de los demás.

Cada persona, según su comportamiento, define el ámbito de su intimidad o de su esfera secreta y por ello podemos afirmar que, cuanto más pública es la vida de una persona, su esfera de intimidad es más pequeña. Así lo reconoce la sentencia del TC 206/07, de 24 de septiembre (f.5) diciendo que “corresponde

a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”. Por lo que, normalmente, se dice que la intimidad debe definirse en cada caso.

Los datos relativos a la salud de las personas se consideran especialmente sensibles (dentro del núcleo duro, o de mayor reserva de la intimidad personal), y, precisamente por ello, son objeto de especial protección.

Con relación al acceso y utilización de los datos sobre la salud de una persona, resulta especialmente ilustrativa la sentencia del TC 70/09, de 23 de marzo, que, amparando y reconociendo el derecho a la intimidad personal, declara nulas y sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y unas resoluciones de la Consellería de Educación de dicha comunidad autónoma, declarando jubilado a un funcionario por incapacidad permanente, porque la declaración de incapacidad se basaba en dos informes del médico psiquiatría del funcionario jubilado, que no fueron aportados por este al expediente, y a los que la Consellería había accedido sin autorización del mismo.

3.1.2. La confidencialidad

La *confidencialidad*, palabra formada por la agregación de *con* y *fides*, equivale a tener fe en otro, a fiarse, compartir y tener seguridad recíproca. El Diccionario de la Real Academia Española nos dice que *confidencia* es una “revelación secreta, noticia reservada”.

En definitiva, la palabra *confidencialidad* significa compartir un secreto con alguien y se presenta como un medio o instrumento para proteger el secreto. Quizás no debamos hablar propiamente de obligación de confidencialidad, sino de obligación de secreto, derivada del conocimiento en confianza.

Mediante la noticia confidencial se comparte el conocimiento del ámbito más íntimo de la persona, que se corresponde con la esfera del secreto y así, manteniendo el secreto, se está respetando el derecho a la intimidad del otro.

La confidencialidad puede ser voluntaria o forzosa. La información que transmiten los enfermos (o sus familiares) a los profesionales sanitarios durante el desarrollo de la relación asistencial se inscribe en la confidencialidad forzosa en tanto es de todo punto necesaria para organizar y dispensar la asistencia.

Los profesionales de la sanidad, incluidos los trabajadores sociales sanitarios, reciben información sobre el ámbito más íntimo y reservado de las personas que acuden a ellos para requerir atención sanitaria. Les hacen partícipes de sus secretos. Conocen, además de su estado de salud pasado y presente, sus hábitos, costumbres, relaciones, formas de vida, tendencias sexuales, sentimientos, aficiones o deseos.

El secreto no es, por tanto, un derecho del profesional, sino una obligación que pesa sobre este para proteger la intimidad del otro (el cliente, paciente, usuario) y la normativa legal refuerza el cumplimiento de tal obligación con la imposición de sanciones, incluso de carácter penal, a quienes violen tal obligación divulgando los datos conocidos.

3.1.3. El dato personal

La protección de los datos de carácter personal está íntimamente ligada al reconocimiento y a la protección del derecho a la **intimidad** y, por ello, cualquier estudio de la misma debe hacerse desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Entendemos por **dato de carácter personal** “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/99, de Protección de Datos de Carácter Personal).

No es necesaria una plena coincidencia entre el dato y la persona. Tendrán tal consideración aquellos datos que, sin esfuerzos desproporcionados, permitan identificar a una persona, según criterio de jurisprudencial (S.A.N. 08/03/02) y, por ello, los números de identificación, en determinadas circunstancias, pueden ser tenidos como datos de carácter personal. Basta la mera posibilidad de identificar a una persona física para que la información adquiera la naturaleza de dato personal (por ejemplo, la matrícula de un vehículo, un correo electrónico, el número de teléfono, grabaciones de voz).

Por **datos de salud** entendemos cualquier información relativa a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo, incluyendo las informaciones relativas al abuso de alcohol o al consumo de drogas, así como las informaciones genéticas y los datos psicológicos extraídos de expedientes médicos (según la Recomendación R(97) 5, de 13 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, y el artículo 8.1 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995).

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (artículo 5), define con mayor precisión los conceptos, afinando:

“**Datos de carácter personal**, cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Datos de carácter personal relacionados con la salud, las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética”.

3.1.4. La Ley de Protección de Datos de Carácter Personal

Para el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución, que garantiza el derecho a la intimidad y limita el uso de la informática, se ha dictado la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre el tratamiento de datos de carácter personal, que tiene por finalidad la protección de los derechos individuales de las personas físicas, especialmente el derecho a la intimidad, en el tratamiento de sus datos personales, y es aplicable a los datos de carácter personal registrados en soportes de carácter físico que los hagan susceptibles de un tratamiento posterior.

A los efectos de la propia norma, en el artículo 3 se contienen las definiciones legales de diferentes conceptos utilizados, tales como el dato de carácter personal, el fichero, el interesado o afectado, el procedimiento de disociación, la cesión o comunicación de datos, el tratamiento de datos, el encargado del tratamiento y el responsable del fichero. En lo que aquí interesa, cabe señalar que por **fichero** se entiende “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

Mediante la LO 15/99, de 13 de diciembre, se incorporan a la normativa interna del Estado las disposiciones del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos (téngase en cuenta que esta Directiva está en proceso de revisión y de modificación).

El Tribunal Constitucional, en las sentencias 254/93, de 20 de julio, 254/00, de 30 de noviembre, y, las 290/00 y 292/00, ambas de 30 de noviembre, entre otras, ha establecido que en el art. 18.4 de la Constitución se consagra un derecho o libertad fundamental, que excede del derecho fundamental a la intimidad, y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona insertos en un programa informático (el denominado *habeas data* o libertad informática), frente a los titulares, públicos o privados, de los ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros, de su contenido, uso y destino.

La STC 292/00 sistematiza las diferencias entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la autodeterminación informática, reconocidos en los arts. 18.1 y 18.4 de la Constitución.

El tratamiento de los datos de carácter personal solo se admite con relación al ámbito o finalidad con el que hubieran sido recogidos. Así, se debe procurar por su exactitud y veracidad y permitir el acceso, la rectificación y la modificación de los mismos, así como proceder a su cancelación cuando no sean necesarios para la finalidad con la que fueron obtenidos.

En el momento de proceder a la solicitud o recogida de los datos de carácter personal, se debe informar al interesado de la finalidad con la que se piden, de la existencia del fichero en el que se guardarán, de la identidad del responsable del mismo y de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso y rectificación.

El TC en sentencia 96/12, de 7 de mayo, reiterando la doctrina de anteriores resoluciones, reconoció el derecho del interesado a oponerse a la utilización de sus datos personales con fines distintos a aquel legítimo que justificó su obtención, y, en este sentido, resulta significativa la sentencia 196/04, de 15 de noviembre del mismo TC, aceptando el recurso interpuesto por una trabajadora que al pasar un reconocimiento médico en el servicio de vigilancia de la salud, fue calificada de “no apta” al superar unos determinados límites referidos al consumo de cannabis el resultado del análisis de orina al que se sometió, puesto que no fue previamente informada de la finalidad con la que se realizaba dicho análisis, y no dio su consentimiento a la utilización del mismo.

Para proceder al **tratamiento** de los datos de carácter personal, y salvo que la ley disponga otra cosa, se necesita el **previo consentimiento** del interesado, que podrá ser revocado en cualquier momento.

Los datos que hagan referencia a la salud de las personas están especialmente protegidos y se refuerza la exigencia de consentimiento del interesado, que deberá ser expreso. No obstante, para el tratamiento de los datos de salud, se establece un régimen especial y se admite en el artículo 7.6 que puedan ser objeto de tratamiento:

“cuando dicho **tratamiento** resulte necesario para la prevención o para el **diagnóstico médico**, la prestación de asistencia sanitaria o **tratamientos médicos** o la **gestión de servicios sanitarios**, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un **profesional sanitario sujeto al secreto profesional** o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.”

El artículo 8 de la Ley Orgánica 15/1999 establece un régimen especial con relación a los datos personales de salud al disponer que:

“las **instituciones y los centros sanitarios** públicos y privados y los **profesionales** correspondientes **podrán proceder al tratamiento** de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, **de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.**”

De esta forma vemos cómo la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal establece un régimen especial en el ámbito de la sanidad, al admitir que los profesionales, centros e instituciones puedan proceder al tratamiento de los datos de salud en cuanto resulte necesario para efectuar el diagnóstico y el tratamiento médico o la gestión de los servicios.

Las normas sanitarias (Ley 14/1986 General de Sanidad y Ley 41/2002 sobre autonomía del paciente, entre otras) imponen el deber de secreto, derivado del conocimiento confidencial de datos personales, a los profesionales de la sanidad. El deber de secreto cubre la actividad de cualquier persona que actúa en el ámbito de la sanidad y se extiende también al tratamiento de datos dentro de la actividad prestacional u organizativa.

Dicho de otra manera, en el ámbito sanitario, se entiende implícito el tratamiento de datos personales y por ello la ley admite su realización, siempre que se efectúe por una persona vinculada por el deber de guardar secreto y conforme a lo previsto en la legislación sectorial correspondiente. En este sentido lo expresa el art. 16.3 de la Ley 41/02, reguladora de la autonomía del paciente, después de la modificación introducida por lo dispuesto en la Disposición Final 3.ª de la Ley 33/11, General de Salud Pública, permitiendo el acceso a las historias clínicas para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población por personal sanitario sujeto al secreto profesional, o por otra persona sujeta a una obligación equivalente al secreto.

Por consiguiente, para la recogida, el tratamiento, la cesión y la conservación de datos personales en el ámbito sanitario, se aplicarán, en primer lugar, las normas sanitarias y quedarán en segundo término las contenidas en la Ley Orgánica 15/1999.

La aplicación de estas normas en la actividad propia del trabajo social sanitario, que se desenvuelve entre el ámbito sanitario estricto y el ámbito de las instituciones y prestaciones sociosanitarias, puede generar algún tipo de problema puesto que el régimen especial para el tratamiento de datos personales viene referido al estricto ámbito sanitario y el legislador no contempló las actuaciones sociosanitarias. Así, una aplicación estricta de la norma obliga a solicitar autorización previa del enfermo para la recogida y el tratamiento de sus datos personales con la finalidad de organizar la prestación de los recursos sociales que precise (internamiento en centros residenciales de apoyo o inclusión en las redes de asistencia social domiciliaria, por ejemplo).

3.2. La información de los servicios de trabajo social sanitario

A menudo surge una cierta polémica sobre el acceso de los trabajadores sociales sanitarios (integrados en hospitales y centros de salud) a los datos personales sanitarios, y por ende, a las historias clínicas de los enfermos que reciben asistencia en los centros donde aquellos desarrollan sus funciones.

Ejemplo de protección de datos

La mención del nombre del enfermo y del diagnóstico en la hoja de petición de rayos X, en la consulta a un especialista o en la hoja de derivación para fisioterapia.

Los argumentos en pro y en contra se acostumbran a concentrar en torno al dilema de si el trabajo social sanitario tiene o no la naturaleza de profesión sanitaria.

Sobre este particular, sin entrar en ningún tipo de discusión, la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una sentencia en 13 de diciembre del 2004, núm. 586/04 (base de datos Aranzadi AC 2005/10) en un recurso derivado de la reclamación de un enfermo de esclerosis múltiple, cuyo nombre aparecía en una lista confeccionada y difundida por los trabajadores sociales de un CAP con la finalidad de constituir un grupo de apoyo para el tratamiento de dicha enfermedad.

Al respecto, y sobre la consideración del trabajo social sanitario como profesión y actividad sanitaria, el Tribunal de Barcelona hace las siguientes consideraciones:

“Aparece fuera de toda duda que el acceso de los **asistentes sociales** a los datos de la demandante se encontraba amparado en la **función** que nuestro sistema sanitario les atribuye, si bien sometido al deber de secreto”, añadiendo, respecto del caso concreto sometido a juicio, que “tampoco encontramos objeción en la utilización de estos datos a fin de organizar actividades adecuadas a sus funciones y que se entendían positivas para el tratamiento general del paciente.”

En otro párrafo, con mayor contundencia, afirma:

“Debemos enmarcar los hechos en el ámbito concreto en el que se producen, esto es, la actividad propia del cometido de los trabajadores sociales y como instrumento para su adecuada asistencia.”

Cierra la exposición argumentativa con este párrafo:

“No podemos considerar la actividad de formación de un grupo de apoyo a los enfermos de una concreta dolencia como la pretendida por las **trabajadoras sociales** sino como **actuación desarrollada en el ámbito de salud de aquellos en el ejercicio de las labores propias de tales trabajadoras...**”

En definitiva, al trabajo social sanitario, a su ejercicio, documentación y registro, se le aplican las mismas normas sanitarias que a las demás profesiones sanitarias.

3.2.1. La historia social como parte de la historia clínica

La Ley 41/02, define la historia clínica (HC) como el conjunto de documentos que contiene los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un enfermo a lo largo del proceso asistencial.

Conviene fijar la atención en que la Ley incluye dentro del concepto de HC tanto a los datos como a las valoraciones, de cualquier índole, sobre la situación y evolución del enfermo. Con la expresión *de cualquier índole*, es claro que se incluyen también los informes sociales, que comprenden los datos sobre la

situación personal, familiar, laboral y social de las personas, por la incidencia que los mismos tienen en su salud, y en el proceso de curación. Y el profesional especializado en el conocimiento, tratamiento de estos datos, es el trabajador social sanitario.

Los servicios de trabajo social sanitarios trabajan integrados en los equipos asistenciales y participan en la toma de decisiones terapéuticas y en la ejecución de las mismas con mayor o menor intensidad según se trate de un servicio u otro, así como de la patología existente.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil imaginar que la información manejada por los trabajadores sociales sanitarios debe quedar integrada en las historias clínicas de los enfermos y formar parte de la misma, pero en el artículo 15.2 de la Ley 41/2002, que señala el contenido mínimo de la historia clínica, se relacionan hasta un total de dieciséis documentos, que son los siguientes:

- a) La documentación relativa a la hoja clínico-estadística.
- b) La autorización de ingreso*.
- c) El informe de urgencia*.
- d) La anamnesis y la exploración física.
- e) La evolución.
- f) Las órdenes médicas.
- g) La hoja de interconsulta.
- h) Los informes de exploraciones complementarias.
- i) El consentimiento informado*.
- j) El informe de anestesia*.
- k) El informe de quirófano o de registro del parto*.
- l) El informe de anatomía patológica*.
- m) La evolución y planificación de los cuidados de enfermería.
- n) La aplicación terapéutica de enfermería.
- ñ) El gráfico de constantes*.
- o) El informe clínico de alta*.

El asterisco (*) señala que solo son exigibles en la historia clínica de hospitalización.

No se hace ninguna referencia a la historia social, o a las hojas sociales, que confeccionan los trabajadores sociales con relación a los problemas sociales asociados a la enfermedad o que inciden en la misma, a las gestiones realizadas para atenderlos y a las soluciones que se ofrecen o aplican, que sin duda forman parte también del proceso asistencial, en tanto que se orientan a la recuperación de la salud y el bienestar de la persona.

Cabe esperar que las diferentes comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias para el desarrollo de la Ley 41/2002, sean sensibles a esta cuestión y regulen la incorporación de la historia social a la historia clínica, en la línea de lo dispuesto por la Ley 21/2000 de la Generalitat de Cataluña sobre autonomía del paciente y regulación de la historia clínica, cuyo artículo 10, dedicado al contenido de la historia clínica, incluye en la misma el informe social, en el caso de que se produzca.

Mientras no aparezca una normativa de carácter general al respecto, deben ser las disposiciones internas, las instrucciones y circulares, y muy especialmente, la práctica profesional, uniforme y reiterada, las que marquen la pauta, estableciendo y consolidando las normas de actuación al respecto.

Al tratar de la historia social como parte de la HC, a su contenido les son aplicables las normas sobre conservación y acceso contenidas en la Ley 41/02, y en las normas autonómicas, incluida la posibilidad de hacer reserva de las anotaciones subjetivas, que, por su propia indefinición conceptual, dan lugar a discusiones y polémicas, especialmente si tenemos en cuenta que “las valoraciones” forman parte de la HC, tal como hemos dicho antes.

3.2.2. Los datos personales de carácter sociosanitario

No cabe duda de que los datos manejados por los trabajadores sociales sanitarios son datos de carácter personal en tanto que permiten la identificación de una persona. Estos datos estarán referidos a la salud en unos casos y, en otros, a otros ámbitos de la actividad del enfermo, de ahí el título con el que se encabeza este apartado.

Tampoco podemos dudar de que tales datos de carácter personal formen parte de la esfera íntima o de secreto de la persona, puesto que se refieren a sus hábitos de vida, a sus relaciones personales, a sus aficiones, sentimientos y tendencias. El trabajador social tiene conocimiento de las relaciones laborales del enfermo, de sus ingresos, de su familia y amigos, incluso de la religión que profesa, así como de su orientación sexual y tendencias políticas.

En conclusión, el trabajador social trabaja (valga la redundancia) con datos personales altamente sensibles y especialmente protegidos y, a pesar de que la información que maneja no se incluya, legalmente, en la historia clínica del enfermo, se halla sujeto al deber de secreto al igual que los demás profesionales de la sanidad y lo hace por una doble vía, la que se deriva de su vinculación a la actividad sanitaria y la que se deriva del conocimiento que tiene de los datos personales del enfermo especialmente protegidos, aunque no son de carácter sanitario.

3.2.3. Medidas de protección de la intimidad/responsabilidades

Independientemente de las responsabilidades administrativas, que en forma de sanciones administrativas (multas) pueda imponer la Agencia Española de Protección de Datos en su labor de vigilancia del cumplimiento de la LO 15/1999, la divulgación no consentida de datos de carácter personal puede generar responsabilidad civil en aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y también puede ser constitutiva del delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en los artículos 197 y 199

del Código penal, y castigado con prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de dos a seis años.

En este sentido tiene un significado ejemplarizante la Sentencia del Tribunal Supremo (2.^a), de 4 de abril del 2001, que condena a penas de un año de prisión y dos de inhabilitación, multa e indemnización, a una médico que reveló a su madre las intervenciones abortivas a las que se había sometido en el pasado una conocida de ambas, de las cuales tuvo conocimiento porque la enferma era tratada de nuevo en el hospital donde ella trabajaba.

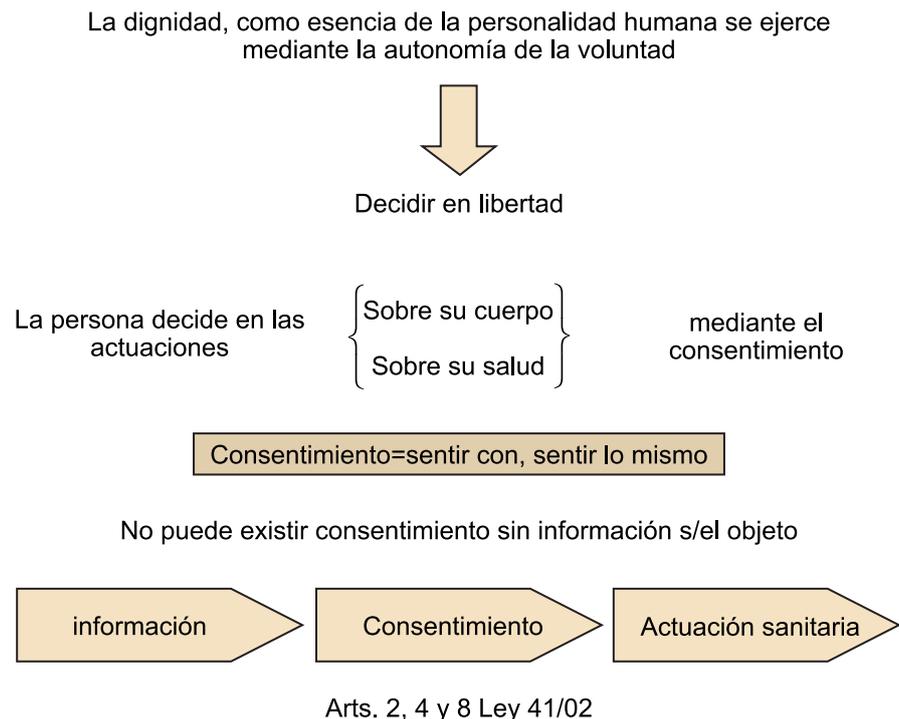
Los comentarios inadecuados, dentro y especialmente fuera del trabajo, los chismorreos y las indiscreciones, aun realizados sin mala intención, en tanto en cuanto dan a conocer aspectos íntimos (secretos) de los demás pueden tener graves consecuencias para quien los pronuncia.

No solo el personal asistencial propiamente dicho, sino todo aquel que trabaja con datos personales referidos a la salud y a la esfera del secreto, conocidos en el curso de su actividad profesional, debe tener presente el deber de secreto que le incumbe y respetarlo en todo momento porque haciéndolo así respeta la libertad y la dignidad de los demás, que son el fundamento de la convivencia.

4. El consentimiento del paciente a la actividad médica

4.1. Consideración general: el consentimiento del paciente

Figura 1



En una sociedad democrática, donde se reconocen los derechos individuales de la persona, es obligado respetar los derechos de la personalidad que, en cuanto constituyen manifestaciones de la dignidad, forman parte de la esencia humana.

La dignidad del hombre deriva de su racionalidad, esto es, de su capacidad cognitiva y volitiva, que ejerce mediante la **autonomía de la voluntad** y al decidir en libertad sobre todas las cuestiones que le afectan.

El respeto de la libertad, que la Constitución de 1978 reconoce como valor superior en su artículo primero, es la norma que debe guiar cualquier actuación o relación interpersonal, incluidas las relaciones asistenciales y las sanitarias.

Por eso no debe extrañar que para legitimar una actuación médica sobre el cuerpo del paciente se exija que este haya dado el **consentimiento previo**. Pero este consentimiento solo será válido y eficaz si también previamente, en otro momento anterior, se ha facilitado al enfermo toda la **información** disponible sobre su estado o enfermedad, así como las alternativas de tratamiento.

Estas exigencias se hallan recogidas en los artículos 2, 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, cuyas disposiciones se transcriben seguidamente.

“Artículo 2. Principios básicos.

[...]

2) Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley.

3) El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

[...]

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1) Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, como regla general, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

3) La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

[...]

Art. 8. El consentimiento informado.

1) Toda información en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que reciba la información prevista en el artículo 4, y haya valorado las opciones propias del caso.

2) El consentimiento será verbal en general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.”

Conviene advertir la contundencia con la que se expresa el legislador, con la pretensión de no dejar ninguna actuación sanitaria fuera del consentimiento previo del paciente. El artículo 2 se inicia diciendo:

“toda actuación [...] requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.”

Por ello, cualquier actuación sanitaria (exploración, tratamiento o estudio) requiere el consentimiento previo, salvo en los supuestos expresamente excluidos del mismo por la norma legal.

4.2. Aproximación conceptual

Consentimiento deriva de la unión de las palabras latinas *con* y *sentire*, que significan ‘sentir con’ o ‘sentir lo mismo’. Queremos expresar con ello la coincidencia de voluntades en un objeto o actuación. Es, por lo tanto, un concepto espiritual, de coincidencia en el sentir o en el querer.

No se trata de una cuestión material, sino espiritual y requiere el diálogo y la comunicación de las partes puesto que el consentimiento solo se produce después de que cada una de ellas exponga a la otra su voluntad, intenciones o intereses. La coincidencia solo se produce después de conocidas las respectivas posiciones. De ahí la importancia de la información, que se constituye en un requisito previo e imprescindible para la existencia del consentimiento.

Tened en cuenta que el consentimiento sanitario debe existir siempre. Así lo expresa el artículo 2.2 de la Ley 41/02, transcrito anteriormente, que comienza diciendo “**toda actuación en el ámbito de la sanidad...**” y, puesto que no puede existir consentimiento sin información, con la misma contundencia se expresa el artículo 4.1, referido a la información sanitaria, al disponer que deberá producirse “**con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud**”.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta estos postulados generales, acometemos el análisis de los presupuestos, características y requisitos que debe reunir el consentimiento sanitario para que pueda ser considerado válido a los efectos de legitimar una actuación médica.

4.2.1. Capacidad para consentir

- Siempre capacidad de obrar (mayor de 18 años).
- Comprobar la capacidad natural.
- 16 años, deciden por sí mismos (informar a los padres).
- Informar a los mayores de 12 años.
- Respecto a los incapaces, expresan consentimiento:
 - los representantes legales,
 - las personas vinculadas (familiarmente, de hecho).

- Tener en cuenta opinión de los menores de 16 años, según su desarrollo intelectual y emocional.

4.2.2. Forma de consentimiento

- Verbal, en general.
- Por escrito en:
 - intervenciones quirúrgicas,
 - procedimientos invasivos,

- procedimientos con riesgos notorios.

4.2.3. Límites al consentimiento (puede actuarse sin consentimiento)

- Riesgo para la salud pública (Ley Orgánica 3/1986).
- Riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y falta de familiares o personas vinculadas.

4.3. Requisitos

4.3.1. Momento de emisión

Debe ser anterior a la actuación sanitaria, lo que se señala con la exigencia de que debe existir en un **espacio temporal previo a la actuación sanitaria**. Parece que la Ley no admite la expresión del consentimiento una vez producida la actuación sanitaria y a los efectos de convalidación de la misma *a posteriori*, pero contempla excepciones, puesto que tal manifestación previa se prevé “con carácter general” y con ello está admitiendo que pueda darse en otros momentos del proceso asistencial.

Este espacio temporal en el que se debe manifestar el consentimiento se sitúa entre el momento en el que se traslada al enfermo la información sobre su estado y las alternativas de tratamiento y la actuación sanitaria. El consentimiento ocupa un **punto intermedio** del *iter* asistencial. El consentimiento sanitario es esencialmente revocable (artículo 8.5), lo que constituye una característica del mismo, al admitir que pueda producirse “en cualquier momento”.

4.3.2. Capacidad de consentir

Constituye este uno de los elementos más complejos. Como norma general, se exige que el enfermo tenga **capacidad de obrar**, que se alcanza con la mayoría de edad, y para el caso de que el individuo no se halle incapacitado legalmente.

Dado que no todas las personas que de hecho son incapaces están legalmente incapacitadas, en este punto empiezan los problemas, puesto que los profesionales que trabajan en el ámbito sanitario deberán determinar la capacidad del enfermo en cada caso para cerciorarse de si se está en presencia de un persona que carece de las aptitudes necesarias para actuar, o se halla en una situación de incapacidad de hecho o si está legalmente incapacitada.

A pesar de que la Ley (artículo 9.3.a) indica que el médico es quien debe proceder a la determinación de la capacidad del enfermo, en el momento de informar y de solicitar el consentimiento, cabe entender que dicha obligación es extensiva a todo el personal asistencial, puesto que a todos, y en su respectivo ámbito, alcanza la obligación de informar.

Debe tenerse en cuenta que la **capacidad natural o de hecho del enfermo** en unos casos (los menos) estará corroborada por la ausencia de una declaración judicial de incapacidad y en otros no. Es obligación del médico, y del personal sanitario, **comprobar en cada caso** el grado de entendimiento y de conciencia del enfermo, su capacidad de raciocinio para formar correctamente la voluntad y expresarla.

Cuando estemos en presencia de incapaces (de hecho o de derecho), la Ley prevé que la expresión del consentimiento sanitario la realicen sus representantes legales o las personas vinculadas al enfermo “por razones familiares o de hecho”. De esta forma, se exige a los profesionales de la sanidad efectuar una segunda comprobación, después de decidir negativamente sobre la capacidad del enfermo, a fin de conocer las vinculaciones familiares, o de hecho, del enfermo, y averiguar la persona que debe manifestar el consentimiento en su representación.

Nos podemos encontrar con varias personas que se hallen vinculadas al enfermo, con lo que, para evitar una expresión de consentimiento mancomunada, será preciso establecer una gradación entre las mismas basándose en la mayor proximidad de parentesco o en la intensidad de la relación de hecho con el enfermo incapaz.

Otro factor que condiciona la capacidad del enfermo es la **edad**. Como norma general, en el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002, se reconoce la mayoría de edad a efectos sanitarios a los menores de edad **emancipados** y a los que tengan **16 años cumplidos**. Debe informarse a los menores que hayan cumplido los 12 años y escuchar su opinión. Debe informarse a los padres de los menores mayores de 16 años y tener en cuenta su opinión cuando se trata de “actuaciones de grave riesgo”.

Esta norma no rige, y se exige la mayoría de edad ordinaria, para consentir participar en ensayos clínicos y para la aplicación de técnicas de reproducción asistida. La vigente L.O. 2/10, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva, y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, autoriza a las mujeres mayores de 16 años para que puedan consentir la interrupción voluntaria del embarazo, si bien aquellas que tengan 16 y 17 años deberán informar, al menos, a uno de sus progenitores o tutores, salvo que aleguen un conflicto grave con violencia intrafamiliar. El consentimiento de los menores de 16 años lo darán sus representantes legales.

Sin embargo, el mismo artículo 9.3.c de la Ley 41/2002, en una redacción un tanto complicada que debe interpretarse *a sensu contrario*, admite el consentimiento de los menores de 16 años “capaces, intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. Son los supuestos de capacidad natural, que también se identifican como consentimiento del “menor maduro”.

Tal juicio de capacidad también corresponde hacerlo al médico y, por extensión, al personal sanitario, quien deberá determinar si el menor tiene madurez suficiente para comprender y para formar su voluntad o si es capaz de decidir sobre aspectos relativos a la propia salud.

Las decisiones sobre la salud, en tanto en cuanto forman parte de los derechos de la personalidad, pueden ser tomadas directamente por el menor, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, tal como establece el artículo 162 del Código civil. Dicho de otra manera, el artículo 9.3.a de la Ley 41/02 no incorpora ninguna novedad esencial y está en la misma línea que el artículo 162 del Código civil.

En conclusión, podemos afirmar que no existe un límite de edad para la expresión del consentimiento por parte del menor y que, para cada caso, debe comprobarse su grado de madurez y la capacidad para comprender el alcance de la actuación sanitaria.

4.3.3. Forma

Con carácter general, la Ley no exige una expresión formal o solemne del consentimiento. La norma general es aceptar la validez del consentimiento expresado **verbalmente** (artículo 8.2).

La forma escrita es excepcional y en la misma Ley se relacionan los supuestos en los que debe exigirse, que son los siguientes:

- intervención quirúrgica,
- procedimientos diagnósticos invasores,
- aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa para la salud del enfermo.

Como **cuestión de orden práctico**, y a los efectos de que quede constancia tanto de la información transmitida como del consentimiento manifestado, conviene anotar en el curso clínico del enfermo el momento en el que se procede a dar la información y la expresión del consentimiento, para que, si es el caso, pueda servir de prueba en un momento posterior. Así, se deja la forma oral solo para las actuaciones de menor riesgo o trascendencia.

Como un remedio más defensivo, existe la posibilidad de solicitar al enfermo que firme en la historia clínica, conjuntamente con el médico o el profesional sanitario, la anotación referida a la información y al consentimiento.

4.3.4. Límites

Además de la voluntad del paciente, que con la expresión del consentimiento señala el objeto y contenido de la actuación sanitaria y, de esta forma, señala el límite negativo del mismo (la actuación sanitaria no puede ir más allá de lo autorizado por el enfermo), existen otros supuestos derivados de la propia normativa sanitaria, que significan un límite positivo y que constituyen una excepción de la norma general en tanto permiten la **actuación sanitaria sin consentimiento**.

El artículo 9.2 de la Ley 41/2002 enumera los supuestos en los que se admite la **actuación sanitaria sin existencia de consentimiento** previo y que se concretan en los siguientes supuestos:

- Riesgo para la salud pública por razones sanitarias. Pueden ser los supuestos previstos en la Ley Orgánica 3/1986, que regula la aplicación de tratamientos sanitarios obligatorios u otras situaciones declaradas por la autoridad competente.

Se trata del establecimiento de medidas de reconocimiento, tratamiento, control o de hospitalización con carácter forzoso para evitar la transmisión de enfermedades y preservar así la salud pública. En estos casos continua vigente la obligación de informar, entendiendo que la misma es aún más intensa por tratarse de situaciones excepcionales.

- Riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización ni la de los familiares o personas vinculadas.

Se contemplan aquí las situaciones de urgencia, fácilmente imaginables, que no necesitan mayor explicación. Sin embargo, una vez superada la urgencia y cuando el enfermo recobre el conocimiento o cuando se personen sus familiares o personas vinculadas, el médico debe transmitir la información sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y recabar el consentimiento para continuar la actuación sanitaria (estaríamos en un supuesto excepcional de manifestación del consentimiento en un momento posterior a la prestación de asistencia, al que nos referíamos más arriba). En el ámbito de la protección de la integridad física y psíquica del enfermo debemos incluir también el internamiento no voluntario, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma, cuya autorización corresponde a la autoridad judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el Código de familia de Cataluña regula este supuesto en el artículo 255). En este caso, la autorización judicial debe ser previa al internamiento, pero se contempla también el internamiento por razones de

urgencia, que es acordado por los responsables del centro sanitario y ratificado en las 72 horas siguientes por el juzgado. Los médicos que traten al enfermo deben informar cada seis meses sobre la necesidad de mantenerlo y darán el alta al enfermo cuando consideren que ya no es necesario, tras comunicarlo al juzgado.

La sentencia del TC 131/10, de 2 de diciembre, ha declarado inconstitucionales los párrafos primero y segundo del art.763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero mantiene su aplicación en tanto el legislador no dicte una norma que los sustituya, evitando así que se produzca un vacío legal.

4.4. Las instrucciones previas (voluntades anticipadas)

- Documento escrito donde la persona expresa su consentimiento, o negativa, a actuaciones sanitarias futuras.
- Otorgado por una persona mayor de edad y plenamente capaz.
- Puede contener también:
 - la designación de un representante,
 - la disposición sobre el propio cuerpo,
 - la donación de los órganos.
- Límites (no se aplican):
 - si son contrarios al ordenamiento jurídico,
 - si son contrarios a la *lex artis*,
 - si no se corresponden con el supuesto de hecho previsto, decide el médico y deja nota en la historia clínica.
- Registros autonómicos y estatales en la administración sanitaria.

El reconocimiento y la regulación de las instrucciones previas en el artículo 11 de la Ley 41/2002 constituyen una novedad dentro del ordenamiento jurídico español. Mediante su aplicación se invierte el camino en la configuración de la relación jurídica sanitaria, ya que no es el enfermo quien acepta o rechaza el tratamiento propuesto por el médico, tal como se ha dicho antes, sino que el médico es quien debe adaptar la actuación asistencial a lo deseado y admitido, previamente, por el enfermo.

El reconocimiento legal de las instrucciones previas constituye un explícito reconocimiento de la autonomía de la voluntad del enfermo y permite anticipar el consentimiento a la actuación sanitaria modulando su contenido, en previsión de que, llegado el momento, su autor no tenga la capacidad suficiente para expresarlas, por haber perdido las capacidades cognitivas o volitivas o la capacidad para expresarse.

Las instrucciones previas deben expresarse **siempre por escrito**, que el enfermo debe entregar al médico, y son revocables en cualquier momento. Se trata, por lo tanto, de un **acto formal**.

Solo los mayores de edad, y que tengan capacidad de obrar, pueden otorgar instrucciones previas. Dicho esto, nos preguntamos si la norma se refiere a la mayoría de edad sanitaria (16 años) o bien a la mayoría de edad general (18 años). Podemos encontrar suficientes argumentos para aceptar una u otra solución, si bien parece más adecuada la postura que entiende que solo los mayores de 18 años pueden otorgarlas.

Son requisitos para su validez y aplicación:

- que las instrucciones no sean contrarias al ordenamiento jurídico,
- que tampoco sean contrarias a la *lex artis*,
- que se correspondan con el supuesto de hecho previsto en el momento de manifestarlas.

En el caso de que el médico decida no seguir las instrucciones previas manifestadas por el enfermo, deberá dejar anotada una explicación razonada en la historia clínica. Esto es, deberá explicar los motivos que tenga para no sujetarse a la voluntad del enfermo.

Las instrucciones previas pueden contener, además, la designación de un **representante** para que sirva de interlocutor con el equipo asistencial, que se ocupará del cumplimiento de las mismas, y también para decidir sobre el **destino del cuerpo**, o de los **órganos** del mismo, después del fallecimiento.

Las comunidades autónomas tienen competencia para regular el procedimiento y garantizar el cumplimiento de las instrucciones previas, lo que ha sido aprovechado por la mayoría de estas para regular también la forma de su otorgamiento y así se admite tanto su manifestación en documento público (ante notario o ante funcionario de la Administración sanitaria), como en documento privado, pero en este caso se exige la presencia de testigos sin relación de parentesco con el enfermo.

La Ley prevé un registro nacional de instrucciones previas, regulado recientemente, y de esta forma podrán ser conocidas en todo el ámbito estatal del Sistema Nacional de Salud y no quedar limitadas al ámbito del servicio de salud de cada comunidad autónoma, lo que regula a tal fin la coordinación del registro nacional con los registros de cada comunidad autónoma.

Ante situaciones de urgencia, y a falta de personas vinculadas con el enfermo que puedan manifestar el consentimiento por representación, corresponde a los médicos averiguar si existen instrucciones previas del enfermo. Y en cualquier caso, una vez conocidas las mismas, decidir sobre su validez y eficacia, a la vista del contenido de las mismas.

Los colegios de médicos han establecido convenios para organizar un sistema informático seguro que permita a los médicos consultar los registros de instrucciones previas.

4.5. La información asistencial

Figura 2

Enterar o dar noticia sobre el estado de salud de una persona y de las alternativas de tratamiento

Es presupuesto para el consentimiento del enfermo



Constituye un derecho de toda persona
Ley 41/02, art. 4. 1

4.5.1. Contenido

Toda la información disponible sobre:

- el estado de salud,
- la naturaleza de la intervención,
- la finalidad de la intervención,
- los riesgos conocidos:
 - probables/previsibles
 - posibles/frecuentes
- las consecuencias conocidas.

4.5.2. Forma

- Verbal (norma general)
- Comprensible (sin tecnicismos)
- Adecuada/suficiente

La información es parte del proceso asistencial.

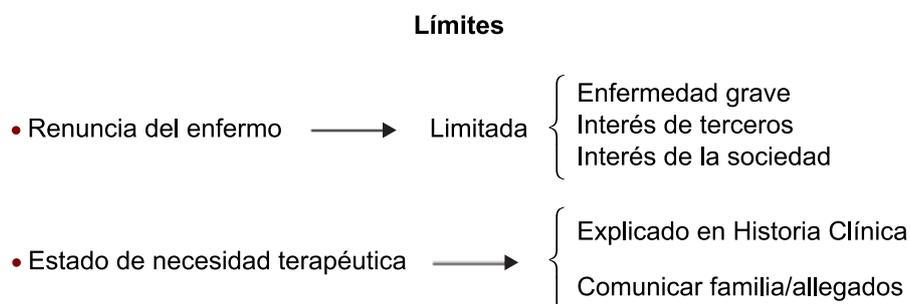
4.5.3. Ámbito subjetivo

- Sujeto activo (titular del derecho)
 - el enfermo
 - personas autorizadas (de forma expresa/tácita) por él
 - menores e incapaces, según su incapacidad

- Sujeto pasivo (titular del deber)
 - médico responsable
 - profesionales que intervienen en el proceso asistencial

4.5.4. Límites

Figura 3



Informar se define como enterar o dar noticia de algo. La Ley 41/2002 se refiere a diferentes clases de información:

- El artículo 2.5 impone a los pacientes el deber de facilitar los datos sobre su estado físico, o sobre su salud, de forma leal y verdadera.
- El artículo 3, que contiene las definiciones legales de diversos conceptos utilizados en la propia Ley, dedica un apartado a la **información clínica** y señala que se refiere a cualquier dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico o la salud de una persona y además al **informe de alta médica**, entendido por tal el documento emitido por el médico responsable de la atención sanitaria de un paciente al finalizar cada proceso asistencial.
- El capítulo II está dedicado a la regulación del derecho a la **información sanitaria**, según el título con el que se encabeza, pero el artículo 4, con el que se inicia, está dedicado al derecho a la **información asistencial**, y el artículo 6, con el que termina, regula el derecho a la información epidemiológica.

- El artículo 12, dentro del capítulo IV, está dedicado a la autonomía del paciente y se refiere a la información de los servicios que ofrece el Sistema Nacional de Salud.

Aquí solo nos referimos a la **información asistencial**, en tanto es el **presupuesto** para la emisión del **consentimiento** a la actuación sanitaria. Es la información que, en un orden lógico y temporal, se sitúa antes del consentimiento y de la actuación médica.

La sistemática académica también aconseja tratar la información previamente al consentimiento, pero el binomio información/consentimiento en el ámbito sanitario se halla tan íntimamente unido, y es de tal entidad, que conviene tener una visión global y conjunta del mismo.

La Ley 41/2002 configura la información como un **derecho de toda persona**. Se trata, por lo tanto, de un derecho subjetivo que otorga un poder a toda persona para recabar información sobre su estado de salud y las alternativas de tratamiento, a los profesionales de la sanidad y a las instituciones sanitarias.

De ahí se deriva que la información no es una actuación graciable o voluntaria de los profesionales de la sanidad en sus relaciones con el enfermo, sino que constituye el **cumplimiento de un deber** impuesto legalmente.

La Ley 41/2002 no trata separadamente la información terapéutica, la que se refiere a la aplicación del tratamiento, por lo que debemos entender que la contempla dentro del concepto de información sanitaria. Pero esto no quiere decir que no podamos diferenciar y estudiar la información terapéutica en el aspecto académico y en la práctica diaria.

En el ámbito de la información tienen mucha importancia la habilidad comunicativa y este es un aspecto que, normalmente, no se enseña ni se cultiva en las facultades de Medicina, por lo que deben aprenderse en un momento posterior y perfeccionarse durante toda la vida profesional.

Tiene como características:

- Debe acompañar a cualquier actuación sanitaria, puesto que forma parte indisoluble de la misma. No puede darse una actuación sin información (salvo las excepciones legalmente previstas).
- Debe incluir toda la información disponible sobre la actuación sanitaria de que se trate. La información será diferente, y tendrá otro contenido, si estamos en presencia de una atención puntual (vista, reconocimiento) o de un proceso asistencial que se prolonga en un tiempo más o menos largo. En el primer caso, la información se agota en un solo acto, pero en el segundo se estructura en un diálogo con el paciente, que forma parte del mismo proceso asistencial, con intercambio mutuo de información.

La información no es cosa de un momento y debe modularse a lo que resulte de la evolución y modificaciones del mismo proceso asistencial. Debe explicar la naturaleza de la intervención o actuación, la finalidad pretendida con la misma, los riesgos que comporta, así como las consecuencias conocidas.

En lo que se refiere a las consecuencias, se distingue entre las que son conocidas (cicatrices postintervención), las que son probables (limitaciones de movimientos, afectaciones de los sentidos o de la funcionalidad de órganos después de una intervención) y las que son posibles (accidentes anestésicos, hemorragias). Sobre este particular la jurisprudencia considera **obligatoria la información de los riesgos previsible y frecuentes** y excluye de tal obligación la información sobre los riesgos atípicos.

- El contenido de la información debe ser **verdadero**. La misma expresión legal obvia cualquier comentario. Debe entenderse que mediante el consentimiento, del que forma parte inseparable la información, se constituye la relación jurídica sanitaria y, si tal consentimiento se ha manifestado en función de una información falsa, resultará viciada y, por consiguiente, será nulo y no tendrá ningún efecto ni validez.

La actuación sanitaria derivada de una información falsa es ilegítima y puede tener consecuencias en el orden penal, puesto que se pueden causar lesiones graves e irreversible al enfermo (pensad en alguien que, con la sola finalidad de experimentar o de practicar una nueva técnica, informa a un paciente de que padece una inflamación del apéndice y le indica que es conveniente una intervención quirúrgica para su extirpación, sabiendo que no es cierto. Si basándose en esta información falsa el enfermo accede a ello, estaremos en presencia de un delito de lesiones, castigado con pena de prisión). Tampoco es verdadera aquella información que oculta partes importantes y trascendentes sobre el estado de salud del enfermo, el contenido del tratamiento o las consecuencias del mismo.

- La información se dará de forma **verbal**, como norma general, pero se dejará constancia en la historia clínica.

La información verbal es el mejor instrumento para mantener el diálogo asistencial médico-enfermo, consolidar la relación interpersonal y la confianza mutua, lo que humaniza la relación sanitaria, que es la base para proporcionar una asistencia de calidad. No obstante, en bastantes casos lo más conveniente para complementar la información verbal será la entrega al enfermo de información escrita, donde de manera sistemática y clara se expliquen la naturaleza, la finalidad, los riesgos y las consecuencias de la intervención.

Dado que la información debe ser previa a la actuación sanitaria, es conveniente otorgar, en la medida de lo posible, un tiempo de reflexión al enfermo para emitir el consentimiento y para que pueda decidir sosegadamente y en libertad. Este tiempo puede venir determinado por la programación de las visitas en el curso del proceso asistencial.

Teniendo en cuenta que la historia clínica es un documento unilateral (solo escribe en ella el personal asistencial), se puede pedir al enfermo que firme, conjuntamente con el médico (o con el profesional que corresponda), la anotación en la que se deja constancia de la información facilitada o realizar esta conjuntamente con otro médico o profesional sanitario, con la finalidad de dejar constancia del hecho y proceder a su prueba, caso de ser necesario en el futuro.

- Será **comprensible** y **adecuada** a las necesidades del paciente. Es importante que el paciente **comprenda** la información, por lo que conviene huir de tecnicismos y del argot profesional, así se debe utilizar un lenguaje acorde con el nivel de comprensión de la persona a la que va dirigido. Esto requiere un esfuerzo de conocimiento del otro que solo se puede lograr con un diálogo atento y sincero.

Pero si es importante el tono y el nivel del lenguaje utilizado, también lo es comprobar que el enfermo ha entendido la información que se le ha dado. Entendemos que esto conlleva el esfuerzo suplementario de comprobarlo mediante dirigirle unas pocas preguntas al efecto y dándole la oportunidad de que, a su vez, pueda plantear las dudas o preguntas que crea oportunas. Tal esfuerzo debe ser directamente proporcional a la gravedad del estado y al riesgo de la actuación sanitaria.

Otro elemento formal, que incluye también aspectos materiales, lo constituye el requisito de que la información sea **adecuada**, difícil término, aunque comprensible. No se trata de que sea exhaustiva, sino suficiente, que cumpla con las necesidades del enfermo para formar su voluntad, según su comprensión y sus deseos. Y otra vez nos aparece la necesidad del diálogo y del conocimiento del otro.

- La información **forma parte del proceso asistencial**. Sin información y consentimiento no puede haber proceso asistencial, ya que solo es posible mediante la voluntad del enfermo de someterse al mismo.

Y dado que la información es un proceso continuo derivado de la evolución de la salud y de la actuación médica, resulta que está íntimamente ligado al mismo y se inscribe en él de manera indisoluble. No puede haber intervención o asistencia sin información y no se puede tener ni transmitir información sobre el estado de salud y las propuestas de tratamiento al margen del proceso asistencial.

Solo en los informes periciales, y en los supuestos de consulta de una segunda opinión que no constituyen actividades asistenciales, la información sanitaria aparece separada de la asistencia.

- **Ámbito subjetivo**. Sujeto activo y pasivo del derecho. Toda relación jurídica comporta la existencia de dos partes, el sujeto activo, como titular del derecho, que tiene el poder o la facultar de exigir un determinado comportamiento a la otra parte y el sujeto pasivo, que tiene el deber o la obligación de actuar de una forma determinada para satisfacer el derecho de la otra parte.

- En la relación jurídica sanitaria, el **sujeto activo** o titular del derecho a la información es el **paciente** o enfermo (artículo 5) quien, como titular del derecho, puede **autorizar**, de forma **expresa o tácita** (un claro ejemplo de autorización tácita lo constituye la asistencia a la consulta con otra persona) que la información sanitaria que le concierne se facilita a personas vinculadas con él por motivos familiares o de hecho. No existe problema en los casos de autorización expresa, pero será necesario efectuar las comprobaciones necesarias sobre la vinculación familiar (relativamente fácil) o de hecho (puede resultar más difícil) cuando se trate de una autorización tácita.

Los menores e incapaces también deben ser informados, según su capacidad de comprensión, por lo que los médicos y demás profesionales de la sanidad deben realizar un esfuerzo complementario de adaptación en estos casos para adecuar el lenguaje a la comprensión del enfermo. En este caso, también deben ser informados los representantes legales o las personas vinculadas que deban prestar el consentimiento. Solo en el supuesto de incapacidad total para comprender (estado de coma), se informará únicamente a los familiares o a otras personas vinculadas que deban prestar el consentimiento.

- **Sujeto pasivo** (el que tiene la obligación de dar la información), lo es el **médico** responsable de la asistencia, que coordina la actuación sanitaria y actúa como interlocutor del equipo asistencial. Pero no es el único responsable de la información, ya que el artículo 4.3 dispone que **todos los profesionales sanitarios** que intervengan en el proceso deben también informar de lo concerniente a la actividad o a la prestación que realicen (por ejemplo, el enfermero, con relación a las curas o aplicación de inyectables; el médico de rayos X, sobre la finalidad de la exploración y la técnica utilizada; el protésico, sobre la finalidad y características de la prótesis, y el trabajador social en el ámbito que le es propio). Y el centro sanitario debe velar por que la información se facilite de manera adecuada en la forma y con el contenido previsto legalmente.

- **Limitaciones** (excepciones) al derecho de recibir información. Como ocurre en otros ámbitos, también encontramos excepciones al derecho/deber de información, que se hallan previstas y reguladas en la Ley 41/2002.
- **Renuncia** del paciente a **recibir información**. El artículo 4.1 incluye el derecho de toda persona a que se respete su voluntad de no ser informada, lo que deberá constar por escrito, conforme al artículo 9. Pero el derecho a no saber también tiene sus **límites**, pues una sociedad democrática y de personas libres es también una sociedad de personas responsables y, por ello, en el mismo artículo 9 se dispone que la renuncia a recibir información sobre la propia salud tiene sus límites en el interés de la salud del mismo enfermo (por tratarse de una enfermedad muy grave o que sea transmisible), de terceros o de la misma sociedad. Esto es, cuando exista

un riesgo o un peligro para terceros, el ciudadano no se podrá mantener al margen y aparentando ignorancia, pues la vida en sociedad exige solidaridad y colaboración.

- Estado de **necesidad terapéutica**. La necesidad terapéutica que justifica la limitación del derecho a la información es conocida también como privilegio terapéutico y consiste en la facultad reconocida al médico para no informar al paciente una vez haya valorado que existen razones objetivas para creer que el conocimiento de la propia situación puede perjudicar, de manera grave, la salud del enfermo (artículo 5.4). Exige un conocimiento de la psicología del enfermo, de sus perspectivas, estado de ánimo y una valoración desapasionada e imparcial de sus tendencias y comportamiento, que solo se puede tener dialogando y estando al lado del enfermo en el desarrollo del proceso asistencial (pensad en enfermos de naturaleza depresiva o propensos a la fabulación). Cuando se toma una decisión de este tipo debe quedar constancia escrita en la historia clínica y comunicarse la decisión a las personas con vinculación familiar o de hecho con el enfermo que, en su caso, deberían recibir la información y dar el consentimiento por representación.

4.6. Jurisprudencia

Para una mejor comprensión de lo expuesto, se transcriben algunas de las sentencias dictadas en fechas recientes.

“Sentencia del Tribunal Supremo (3.^a), de 10 de febrero del 2002. Accidente laboral con quemaduras en el 22% del cuerpo. El enfermo es intervenido en tres ocasiones. En la última se realiza amputación de la falange distal de ambos pulgares por presentar necrosis coagulativa. Existe autorización del día anterior dando consentimiento para desbridamiento y cobertura de quemaduras del costado y tórax, con advertencia de posibles riesgos y complicaciones. Es declarado en situación de incapacidad permanente y presenta reclamación de indemnización por falta de consentimiento, que es desestimada, con el argumento de que el consentimiento dado por el recurrente para la intervención quirúrgica era bastante vago y, sobre todo, no hacía mención alguna a las manos, de las que, con ocasión de dicha intervención, le fueron amputados los pulgares necrosados, lo que supuso para el recurrente la incapacidad laboral permanente. La Sala, teniendo en cuenta la jurisprudencia de acuerdo con la cual el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización, confirma la sentencia recurrida que considera que, cuando la intervención médica conduce a la curación del paciente, no cabe hablar de daño y concluye que, aunque en el caso examinado faltó el consentimiento informado, lo cierto es que la amputación de los pulgares necrosados permitió la curación del recurrente, por lo que no existió una lesión antijurídica y en consecuencia no procede acceder a otorgar la indemnización reclamada.”

Sentencia del Tribunal Supremo (1.^a) de 21 de enero del 2009. Desestima la reclamación por falta de consentimiento (Ar. 58569).

“Yolanda, nacida el día 9 de julio de 1973, fue ingresada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, dependiente del Instituto Nacional de la Salud, el día 9 de enero de 1990 para ser tratada de una cifoescoliosis. Tras el estudio preoperatorio se decidió su intervención, que se llevó a cabo en dos actos quirúrgicos. El primero el día 20 de marzo de 1990, con anestesia general y durante tres horas, practicándose toracotomía y artrodesis, después de la cual sufre como complicación la apertura de duramadre, si bien el postoperatorio es bueno. El segundo tiempo quirúrgico se desarrolla el día 25 de abril de 1990 en el que

se practica artrodesis posterior de columna con instrumentación de Hartshill, tras el que cual ingresa en la UVI donde a las cuatro horas de terminada la cirugía se detecta una paraplejía por lo que se le vuelve a ingresar en quirófano dada la existencia de déficit neurológico, retirándose la instrumentación de Hartshill, pasando nuevamente a la UVI. Una vez dada de alta, ingresa en el Hospital de Paraplégicos en Toledo.

Yolanda reclamó de don Rodolfo (el cirujano) y a doña Teresa (la anestésista), con base a la impericia manifestada en la intervención quirúrgica, dejándose de advertir de los riesgos que podían seguirse de la misma, y en el hecho de no haberse solicitado el **consentimiento** de sus padres (era menor de edad) por escrito.

La sentencia de 1.ª Instancia y la de apelación desestimaron la demanda, diciendo que «si bien no hubo **consentimiento** informado por escrito, el deber de **información** se cumplió en este caso como se deduce del historial clínico de la actora, en el que consta que **los facultativos hablaron con la familia de la gravedad y necesidad de la operación, explicándoles el plan quirúrgico que iba a seguirse, siendo conscientes los padres de que la enfermedad que su hija padecía precisaba de una intervención de alto riesgo**, dado el fracaso del tratamiento conservador que se había aplicado, habiendo quedado acreditado que el **consentimiento** de los familiares fue verbal».

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación diciendo que “la vulneración del deber de obtener el **consentimiento** informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo, un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad **médica**. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al **médico** responsable del paciente como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación **médica** o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y, en su vista, elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre 2006 y las que en ella se citan). Como tal forma parte de toda actuación asistencial y constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión **médica**, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la Autonomía del Paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico la dignidad de la persona y la autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual –contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra– como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2007), pues una cosa es que la actuación del **médico** se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un **consentimiento** del paciente o sus familiares debidamente informados por el **médico**”.

La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la **información** tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997, de 26 de enero y de 10 de noviembre de 1998, de 2 de noviembre del 2000, de 2 de julio del 2002 y de 29 de julio del 2008), garantizar la constancia del **consentimiento** y de las condiciones en las que se ha prestado, pero no puede sustituir a la **información** verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el **médico**, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido, así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo del 2003 que debe al menos «quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 24 de noviembre del 2002, doctrina, por lo tanto, que no anula la validez del **consentimiento** en la **información** no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el **médico** quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios”.

Sentencia del Tribunal Supremo (1.^a), de 23 de octubre del 2008. Desestima la demanda de indemnización por eclampsia y síndrome de Hellp durante el embarazo obtenido por fecundación in vitro, hace un resumen sistemático de la doctrina sobre la información y consentimiento sanitarios, que resulta muy ilustrativo. A tal efecto, dice:

“La doctrina jurisprudencial sobre la **información médica**, en lo que aquí pueda interesar, cabe resumirla en los siguientes apartados:

1) La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de noviembre del 2007, núm. 1.197; de 4 de diciembre del 2007, núm. 1.251; de 18 de junio del 2008, núm. 618). Es indispensable, y por ello **ha de ser objetiva, veraz y completa**, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza;

2) La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio del 2007, núm. 1.215; de 29 de julio del 2008, núm. 743); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 29 de octubre del 2004; de 26 de abril del 2007, núm. 467; de 22 de noviembre del 2007, núm. 1.194);

3) Cuando se trata de la medicina curativa **no es preciso informar detalladamente** acerca de aquellos **riesgos** que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre **que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria** (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril del 2007; de 30 de abril del 2007; de 28 de noviembre del 2007, núm. 1.215; de 29 de julio del 2008, núm. 743). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (artículo 10.1) «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones». Y en relación con los embarazos de riesgo esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio del 2002; de 19 de junio y de 23 de noviembre del 2007, núm. 1.197) ha hecho hincapié en la exigencia de informar de modo especial respecto a las circunstancias de dicho embarazo, es decir sobre los riesgos del mismo;

4) En la medicina satisfactiva (dice la Sentencia de 22 de noviembre del 2007, núm. 1.194, con cita de las de 12 de febrero y de 23 de mayo del mismo año) la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa; y,

5) La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 21 de diciembre del 2006, núm. 1.367 y de 14 de mayo del 2008, núm. 407).”

Sentencia del Tribunal Supremo (1.^a) de 21 de diciembre del 2006. Confirma la condena por falta de información, con los siguientes argumentos:

“El médico actuó conforme a la *lex artis* en la operación inicial, pues estaba indicada médicamente y tenía un fin paliativo. No actuó conforme a la *lex artis* en el postoperatorio cuando, apareciendo molestias, no interviene al paciente sino hasta dos semanas después. El hematoma debió tratarse más precozmente para evitar las secuelas producidas ante la previsibilidad de las complicaciones. El consentimiento informado exige explicar al paciente de forma clara y concluyente en qué consiste el riesgo de la operación y obtener en su vista su autorización para llevarla a cabo. Dicha **información médico paciente no puede ser sustituida por un impreso hospitalario genérico en el que se recoge la firma**”.

Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª) de 15 de noviembre del 2006. Condena de médico y de centro sanitario a indemnizar a una paciente que sufre hematoma subcapsular izquierdo después de someterse a litotricia extracorpórea. Estima que hubo infracción del deber de información, con los siguientes argumentos:

“Se desestima el recurso de casación basándose en la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual **el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*** y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, en la que se contempla como derecho básico la dignidad de la persona y la autonomía de su voluntad. **Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial**, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. **Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades** para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que **en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información**”.

Sentencia del Tribunal Supremo (1.ª), de 26 de septiembre del 2000. Establece que la información debe darse a la persona del enfermo, diciendo:

“El derecho a la información del enfermo se conculcó por no haberse demostrado que el médico hubiera advertido **personal y directamente** al enfermo de los riesgos y alternativas de la intervención practicada, al ser este el efectivo destinatario y era quien debía recibirla”.

4.7. Excurso

Antes de dar por cerrado este apartado, nos parece oportuno resaltar un aspecto importante. El consentimiento **no es un documento** firmado por el enfermo, sino el resultado de un proceso continuo de diálogo y de intercambio de información entre el médico y los profesionales sanitarios con el enfermo, con relación a las dolencias o afecciones que padece este y las alternativas de tratamiento para conseguir su curación o mejoría.

En este proceso que conduce al consentimiento, la **información** se configura como un elemento esencial e imprescindible. Si la información es adecuada, leal, clara, comprensible y comprendida, no se generan problemas de consentimiento.

No se trata de imponer el criterio médico (o el del centro sanitario) ni de conseguir la conformidad o el consentimiento al mismo, sino de reconocer en el enfermo su dignidad personal y de facilitarle la información necesaria para que pueda decidir en libertad y, a partir de aquí, respetar la decisión que el enfermo tome según sus deseos.

Bibliografía

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, pág. 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.

De Lorenzo y Montero, R. (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).

