



Laureate International Universities



FUNDACIÓN
TEJERINA

Unidad Docente
Aula de Estudios Avanzados

Editores:

DR. FERNANDO BANDRÉS MOYA y DR. SANTIAGO DELGADO BUENO



Colabora:



Directores del Máster Oficial en Derecho Sanitario



Dr. Fernando Bandrés Moya

**Director del Aula de Estudios Avanzados
de la Fundación Tejerina. Madrid.
Profesor Titular de la Facultad de Medicina
de la Universidad Complutense de Madrid.**



Dr. Santiago Delgado Bueno

**Director de la Unidad de Medicina Legal Abascal.
Coordinador del Aula de Estudios Avanzados
de la Fundación Tejerina. Madrid.**



Laureate International Universities



FUNDACIÓN
TEJERINA
Unidad Docente
Aula de Estudios Avanzados

Editores:

DR. FERNANDO BANDRÉS MOYA y DR. SANTIAGO DELGADO BUENO

medicina



bio



y



derech



sanitario



Colabora:

asisa

© BIOMEDICINA Y DERECHO SANITARIO
2010

ISBN: 978-84-937689-2-8
Depósito legal: M-26.286-2009

Edita
ADEMAS Comunicación, s.l.
☎ 639 160 802

Diseño y Maquetación
Francisco J. Carvajal

Imprime
Fareso, S. A.



Prólogo

Con la presentación de éste tomo VII de Biomedicina y Derecho Sanitario finalizamos una etapa del Máster de Derecho Sanitario, iniciado en los años 90, desde la Universidad Complutense de Madrid, con una publicación denominada Cuadernos de Derecho Sanitario, en la que hemos podido recoger los trabajos de nuestros alumnos del Máster de Derecho Sanitario que en cada promoción han ido delimitando un área de conocimiento propia de los nuevos avances del Derecho y las Ciencias de la Salud.

Al finalizar una etapa, resulta obligado agradecer a todos los alumnos que han participado en este proyecto editorial, especialmente a quienes han hecho posible la edición del VII tomo, a las instituciones que han colaborado, pero de forma particular a la Universidad Europea de Madrid que llevó este proyecto de máster al nivel de máster oficial, acorde con las enseñanzas de postgrado del Espacio Europeo de Educación Superior. A la Agencia Laín Entralgo que incorporó éstas enseñanzas en su programa de becas institucionales y a todas las universidades, empresas e instituciones, que han hecho posible llegar hasta aquí.

Creemos haber sido capaces de recoger los trabajos y las líneas de investigación más relevantes del derecho sanitario, cada tomo de ésta obra resultaba del esfuerzo investigador

y la experiencia profesional de cada uno de nuestros alumnos, sus autores. Gracias de nuevo por compartir vuestro conocimiento, por ello hoy el derecho sanitario tiene clara identidad y presencia eficaz en el complejo mundo de las Ciencias de la Salud y de la Vida.

Amigo lector, gracias por tu compañía durante todos estos años, eres la razón y motivo de nuestro quehacer, por eso nos veremos y compartiremos nuestras experiencias en otras publicaciones y seminarios. Allí donde buscar la verdad sea el resultado de un trabajo intelectual pluridisciplinar y riguroso.

Y por último, lo más importante, a todos nuestros alumnos y profesores de todas las promociones, muchas gracias.

Dr. Santiago Delgado y Dr. Fernando Bandrés
Directores del Máster Oficial de Derecho Sanitario

Índice

- 5 Prólogo
- 9 La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.
Perspectivas jurídica, ética y sociolaboral
- 37 Variabilidad de la práctica médica y seguridad clínica
- 53 Análisis de las sentencias relativas a demandas por actos
médicos en obstetricia y ginecología de la Audiencia Nacional
entre los años 2000 a 2004
- 69 Criterios interpretativos en el ámbito de la responsabilidad
sanitaria
- 91 Adecuación y unificación de los consentimientos informados
de un hospital general a la Ley 41/2002
- 117 El paciente como enemigo
- 169 Análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal
Superior de Justicia de Madrid relativas a responsabilidad
patrimonial de la administración sanitaria (2000-2009)
- 197 Reclamaciones en el ámbito sanitario.
El consentimiento para el tratamiento de datos de salud
- 217 Legislación ambiental aplicable a un hospital de media
estancia de la Comunidad de Madrid
- 243 La incapacitación: aspectos médicos
- 259 Reflejo jurisprudencial de la responsabilidad penal del
médico (En las últimas resoluciones jurídicas dictadas por la
Audiencia Provincial Madrid)
- 271 La Prescripción Enfermera en España

- 293 Fundamentos para un Acuerdo Marco sobre el Transporte Interhospitalario Comunidad de Madrid
- 313 Cuestiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
- 329 El consentimiento informado en el menor maduro en el ámbito de la hospitalización
- 357 Hacia un cambio legal en la muerte asistida
- 375 El error diagnóstico en radiología
- 391 Un deber. Un derecho. La protección de datos de carácter personal
- 413 Certificado médico de defunción: análisis descriptivo de la cumplimentación de 514 certificados en el municipio de madrid
- 435 Acción de las Directivas Europeas sobre las actividades de servicios en el ámbito de la sanidad
- 451 El maltrato infantil en a Comunidad de Madrid
- 517 Donación de órganos por fallecidos ¿Virtud solidaria?, ¿Obligación moral?, ¿Obligación legal?
- 533 Implantación de un nuevo sistema de gestión del paciente fallecido en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid
- 567 Situación médico-legal en España del uso compasivo de medicamentos
- 581 Análisis judicial de la responsabilidad patrimonial en el parto
- 599 Revisión de sentencias años 2008 y 2009. Responsabilidad en el campo de la ginecología y obstetricia
- 613 El movimiento de datos de salud en el ámbito sanitario
- 653 La declaración del riesgo médico en los seguros de vida, importancia y consecuencias de su omisión

La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Perspectivas jurídica, ética y sociolaboral

Pilar Albacete Redondo

1. Introducción
2. Concepto y diferencias con otras figuras afines
3. Fundamentación ética de la objeción de conciencia
4. Fundamentación jurídica de la objeción de conciencia
 - 4.1. Naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia. Derecho general o derecho-excepción
 - 4.2. Necesidad de regular normativamente el ejercicio de la objeción de conciencia. Rango de la norma que la desarrolle
 - 4.3. Regulación en los códigos deontológicos
5. Supuestos de deberes sanitarios susceptibles de ejercitar la objeción de conciencia
 - 5.1. La objeción del profesional sanitario al aborto. Alcance objetivo y subjetivo del derecho
 - 5.2. La píldora postcoital
 - 5.3. Las técnicas de reproducción humana asistida
6. Ponderación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la intimidad
 - 6.1. Protección de datos
7. Influencia del ejercicio de la objeción de conciencia en la gestión de centros sanitarios públicos y privados
 - 7.1. Las relaciones laborales: ponderación entre la libertad autoorganizativa en la empresa y el derecho a la no discriminación
 - 7.2. Procedimiento especial de tutela judicial en el ámbito laboral
8. Consideraciones finales
9. Bibliografía
10. Abreviaturas

1. Introducción

La objeción de conciencia es una de las cuestiones más debatidas y complejas en la actualidad. Sin embargo, en España no existe ninguna norma jurídica que expresamente reconozca un derecho general de objeción de conciencia y por ende, tampoco que reconozca la posibilidad de que los profesionales sanitarios se nieguen legítimamente al cumplimiento de aquellos deberes profesionales incompatibles con sus imperativos morales, con algunas pequeñas peculiaridades que más adelante se matizarán.

En nuestra sociedad, existen dos posturas extremas ante la objeción de conciencia, para unos se trata de un derecho natural e intrínseco del ser humano, al que el profesional puede acogerse y ante el cual cede la exigencia de cumplimiento de un deber impuesto por alguna norma. En frente de esta postura, se encuentra la de aquellos que, por el contrario, sostienen que la ley, una vez promulgada, ha de cumplirse, incluso ha de poder exigirse su cumplimiento, por lo que los ciudadanos tienen derecho a que los profesionales sanitarios realicen esas prestaciones, aunque vaya en contra de sus convicciones morales.

Habida cuenta lo anterior, se suscitan cada día más cuestiones discutidas para las que no hay una solución unívoca y generalmente aceptada, por lo que deviene la necesidad de abordar la problemática de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Ésta adquiere cada día más relevancia y se deben tomar medidas para respetar tanto los derechos de los usuarios de acceso a determinadas prestaciones que la legislación les reconoce y el derecho a objetar en conciencia de los profesionales para no practicar esas prestaciones.

En el presente trabajo, se parte del reconocimiento de la posibilidad de objetar en conciencia, como manifestación del derecho a la libertad ideológica reconocida en nuestra Carta Magna, y se abordarán diversas cuestiones como ¿qué es la objeción de conciencia?, ¿es un derecho general?, ¿cuándo puede aducirse?, ¿qué requisitos deben cumplirse para que se considere válidamente efectuada?, ¿qué consecuencias provocan en la gestión cotidiana de una organización sanitaria?

El abordaje de los problemas actuales suscitados por la objeción de conciencia constituye un campo de trabajo bastante extenso, por lo que se ha pretendido realizar una aproximación a la objeción de conciencia desde la perspectiva de los profesionales sanitarios ante la problemática suscitada al inicio de la vida, haciendo especial hincapié en la referente al aborto, dejando el resto de cuestiones controvertidas para tratarlas en otro estudio más adelante.

2. Concepto y diferencias con otras figuras afines

a) La *objeción de conciencia* forma parte de la amplia fenomenología que presenta la desobediencia al derecho. Se constituye como una negativa a cumplir un determinado deber jurídico, aduciendo para ello razones morales o de conciencia. Se la podría definir como aquella actitud de aquel que rehúsa obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un dictamen que impide realizar el comportamiento prescrito por la norma. Se alude, pues, a su carácter individual y concreto. Quien hace la objeción de conciencia no niega la legitimidad general de la ley, ni manifiesta su voluntad de no acatar el ordenamiento jurídico, sólo se abstiene de colaborar en su aplicación en situaciones concretas.

Para que se dé la objeción de conciencia requerirá, pues, que se cumplan los dos componentes definitorios:

- La negativa a cumplir un deber jurídico-positivo. No cabe duda de que debe existir una efectiva y concreta oposición material al cumplimiento de un deber jurídico establecido por una norma, indiferentemente de si ésta tiene rango de ley o reglamentaria, pero además requerirá también que se concrete en una actitud de oposición efectiva al cumplimiento de ese deber jurídico, pues no bastaría si esta oposición se redujera al fuero interno de la persona o a su simple manifestación verbal, si después se cumple con el mismo.
- Por otro lado, la objeción de conciencia debe plantearse como un dilema entre un deber jurídico y un deber o derecho moral.

Por tanto, no se considerará objeción de conciencia si se incumple un deber jurídico, si existe una norma jurídica que ampare totalmente ese incumplimiento, o si ese incumplimiento esté fundamentado en otras causas distintas a la conciencia individual.

b) Por el contrario, la *desobediencia civil* y la *insubmisión*, aunque son también manifestaciones de la desobediencia al derecho, se constituyen como objeciones de ley. La desobediencia civil es el incumplimiento deliberado y generalmente no violento de ciertas leyes que consideran injustas por parte de individuos o grupos sociales, como medio de presionar políticamente y promover su cambio. Es una forma de participación política no convencional, de participación ciudadana en la res pública de manera

extrainstitucional, que implica la transgresión o quebrantamiento de alguna determinada norma jurídica emanada del poder público. Es una manera de protestar contra las leyes que se consideran injustas, mediante manifestaciones e incumplimientos que pueden acarrearles arrestos y castigos. Se objeta a una ley y el objeter lo es mientras que la ley o los tribunales no reafirmen la necesidad de que el individuo cumpla la ley en la situación concreta de que se trate. A partir de ese momento, si el objeter sigue objetando, pasa a ser insumiso.

Hay que distinguir, pues, entre la objeción de ley que cuestiona la legitimidad general de una ley y la objeción de conciencia que siempre es concreta y estrictamente moral. De ahí que ésta no sea lo mismo que la desobediencia civil ni la insumisión.

La principal diferencia que distingue a la objeción de conciencia de otras formas de desobediencia al derecho, es la naturaleza de la finalidad perseguida con la objeción¹. El objeter de conciencia, desobedece la norma porque considera que lo que ésta ordena o prohíbe es injusto, inmoral o en general, gravemente lesivo para su dictamen de conciencia y su contenido se agota en la propia defensa de la moralidad individual, no persiguiendo de forma inmediata un cambio político o jurídico, ni tampoco siquiera la búsqueda de adhesiones. Como expresión de un dictamen moral, la objeción de conciencia es una manifestación de la autonomía moral del individuo, de su libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de conformidad con los imperativos de ésta, aún cuando ello suponga la infracción de una norma jurídica.

Por tanto, mientras la objeción de conciencia es estrictamente moral y el ámbito de vinculación es privado, la desobediencia civil es un instrumento de presión política, mediante un acto público y abierto de protesta, con la pretendida motivación de convencer a los demás de la razonabilidad de su posición.

3. Justificación ética de la desobediencia

En este apartado, se analizará la conexión entre ética, derecho y política.

En un estado constitucional y democrático de derecho como el nuestro, las leyes son producto de la voluntad común, de la aceptación libre y voluntaria de los ciudadanos considerados como miembros libres e iguales, por lo que la mera posibilidad de desobedecer al derecho de forma justificada, es un sinsentido, pues el deber moral en principio debería ser el de obedecer a la ley.

Pero frente a esta afirmación, también se puede aducir que la desobediencia al derecho constituye un elemento necesario para todo orden democrático y su justificación se remitirá al papel que juegan los derechos humanos dentro del quehacer democrático.

Estamos pues ante un problema acerca de si puede haber motivos suficientes para justificar moralmente la desobediencia al derecho, o si existe un deber moral para obedecerlo siempre y en todo caso².

Pero el conflicto derecho-moral puede ser analizado también desde la perspectiva jurídica, como protección o defensa desde y por el ordenamiento constitucional democrático, pues hay autores que defienden que en un Estado democrático de derecho no existe ninguna desobediencia cuya justificación no pueda ser intentada invocando el derecho positivo, especialmente los derechos y los principios constitucionales. Esta perspectiva se tratará en el apartado siguiente.

Por otro lado, para algunos autores las conductas desobedientes participan de una cobertura de legitimidad o justificación política pero no de una cobertura de justificación jurídica o de legalización. Aunque siendo ilegales y sancionables serían legítimas pues descansan en los fundamentos de legitimidad en los que se asienta el sistema constitucional, fundamentos identificables como en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

Todo ello, dependerá, pues, de la concepción que tengamos sobre el derecho: positivismo de corte rígido, preocupado por establecer límites precisos a lo lícito, donde prima el valor de la seguridad jurídica; o aquella otra, en la que la ley pierde positividad.

Para esta fundamentación ética de la objeción de conciencia, analizaremos en primer lugar en qué consiste la conciencia. Para Simón Vázquez³, la conciencia es una instancia ligada a la razón. La conciencia no crea nada, busca. Esa búsqueda es la que está presente en todo hombre y en todo momento. De este modo,

¹ Gascón M. Obediencia al derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1990, p. 69, el criterio de la publicidad-privacidad o el del carácter individual-colectivo de la actitud del desobediente no es un criterio distintivo sustancial o definitivo sino una consecuencia de la diversa finalidad perseguida por las distintas formas de desobediencia al derecho.

² Siempre que nos encontremos en un estado democrático de derecho.

³ Simón Vázquez C [internet]. Congreso internacional multidisciplinar «Mujer y realidad del aborto». Cáceres; 2007 [acceso 10 de enero de 2010]. La objeción de conciencia en la práctica médica. Disponible en: <http://www.mujeryaborto.com/archivospdf/objeciondeconciencia.pdf>.

en relación con la verdad moral, la razón humana descubre y encuentra de un modo intuitivo que existe una ley que el hombre no se dicta a sí mismo y a la cual debe obedecer⁴. En esa obediencia le va su dignidad y su felicidad. La conciencia es ese algo interior que pretende señalar el camino de la acción tras la deliberación personal con lo dado por el orden de la razón. Se trata pues de un juicio práctico sobre la moralidad de una acción, donde la libertad que acompaña el juicio de conciencia no sólo no encuentra un obstáculo en su adhesión a la verdad que descubre en la ley moral, sino que la verdad constituye la más sólida garantía de su ejercicio.

Para Koldo Martínez⁵, la conciencia designa los compromisos éticos últimos de una persona. Los mandamientos de la conciencia son una parte básica de la identidad ética de las personas. Sirven como guías éticas de máximos en la vida.

Habida cuenta lo anterior, en las sociedades democráticas los ciudadanos tienen una obligación prima facie de obedecer la ley, independientemente de su contenido. Esta obligación nace del deber general de apoyar y mantener instituciones justas, por la aceptación de los beneficios del orden democrático. De entrada, pues, hay una presunción moral en contra de la objeción de conciencia. Sin embargo, en nuestro actual contexto cultural se hace particularmente difícil la relación entre la ley moral y la ley civil, pues parece superado lo apuntado por el derecho natural de la necesaria conformidad entre ambas más allá de sus diferentes ámbitos de actuación. Además, ningún gobierno democrático puede dar cabida a todas las creencias de conciencia, sean las que sean y seguir al mismo tiempo comprometido con la búsqueda de la justicia, por ello se hace patente la necesidad de respetar la conciencia de los ciudadanos.

Si bien el respeto por la conciencia es un bien moral porque refleja respeto por la identidad ética de las personas, este respeto no puede ser un valor absoluto, pues puede entrar en conflicto con otros principios democráticos. El respeto a la conciencia por sí mismo no ofrece ninguna garantía de una producción mayor de justicia que el de cumplir con las leyes que democráticamente han sido aprobadas. En el supuesto de que se liberara sin más de sus obligaciones a todo objeto, desestabilizaría la democracia para privilegiar la conciencia de cada persona. Por tanto, se deberá ponderar ambas situaciones y ver en cuál de ellas se produce un menoscabo menor.

En la objeción de conciencia aparece un conflicto entre una doble obediencia: la obediencia a la ley (obligación jurídica) y la obediencia al juicio de la conciencia (deber ético). Para la ética, la dignidad y felicidad serán fines y valores priorizados; en cambio en el derecho se prioriza la seguridad pero aquella que se entienda justa (que proteja los derechos fundamentales y las libertades públicas). Aunque los fines sean distintos, no existe una separación absoluta entre derecho y ética, pues del primero su orden es la sociedad y de la segunda, el individuo, por lo que están íntimamente relacionados.

En la desobediencia al derecho por razón de conciencia, no se trata en absoluto de un intento de desprecio a la legalidad, tampoco se apela a que la conciencia sea exclusivamente ley para uno mismo. Se trata de tener en consideración que la objeción de conciencia incluye un carácter intrínsecamente ético, donde la ética es el fundamento y guía de su actuación. Para el supuesto de los profesionales sanitarios, en su deontología profesional se afirma la existencia de unos particulares vínculos entre la habilidad técnica y las convicciones morales. Es más, cuando un médico afirma que no puede realizar un acto sanitario no sólo está diciendo que el acto es falto de ética sino que su integridad moral está en juego.

4. Fundamentación jurídica de la objeción de conciencia

Si bien es difícil de admitir, en el ámbito jurídico, que exista una conducta que pueda ser calificable al mismo tiempo como antijurídica y como jurídicamente justificada, en un Estado democrático de derecho no existe ninguna desobediencia cuya justificación no pueda ser intentada invocando el derecho positivo, especialmente los derechos y los principios constitucionales.

Los casos de objeción de conciencia son normalmente casos subsumibles en el contenido normativo delimitado por alguna norma de derecho fundamental (libertad de conciencia entendida ésta como ejercicio de la libertad ideológica) por lo que serán casos en los que es aplicable la norma iusfundamental pero también aquella norma que restringe el ejercicio de ese derecho fundamental. Se requiere de dos requisitos: uno, que entre dentro del contenido normativo de la norma iusfun-

⁴ Practica el bien y evita el mal serían los dos enunciados basilares de esta ley dada.

⁵ Martínez Urionabarrenetxea K. Medicina y objeción de conciencia. Anales del sistema sanitario de Navarra. 2007; vol. 30, núm. 2:215-223.

damental y dos, que el interés jurídico que protege la norma iusfundamental resulte verificado jurisdiccionalmente⁶ como prevalente al protegido por la norma jurídica desobedecida, mediante la oportuna operación ponderativa de los intereses contrapuestos en el caso concreto.

En el supuesto de admitir la posibilidad de que se pueda justificar jurídicamente supuestos de desobediencia atendiendo a la eficacia protectora⁷ de las normas de derecho fundamental, es preciso determinar de qué forma y en qué grado puede desplegarse esta eficacia. La necesidad de conciliar, de armonizar el ejercicio y disfrute de unos bienes constitucionales con otros se debe a la exigencia que obedece al respeto del principio de unidad de la constitución, el cual no toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuara íntegramente por lo establecido en otra y que se concreta en la imposibilidad de que existan derechos ilimitados o absolutos. Por ello, el legislador a la hora de regular su ejercicio, parece posibilitar el establecimiento de límites en cualquier derecho más allá de las habilitaciones específicas, siempre que se actúe en el respeto de este contenido esencial-límite de los límites-impuesto por la constitución, a la actividad limitadora del legislador, at 53.1 CE.

Para hablar de ejercicio legítimo de un derecho no es suficiente con que una determinada conducta entre dentro del supuesto de hecho delimitado por una norma de derecho fundamental. Es necesario, además, que dicha conducta no esté jurídicamente restringida o limitada por el legislador con la intención de salvaguardar otros bienes constitucionales. La cuestión será, no obstante, determinar si esos límites son límites justificados *iuris* et de *iure* o si por el contrario, se admite la posibilidad de que existan supuestos en los que la transgresión de uno de estos límites se considere justificada en atención a alguna causa legal y especialmente, a la causa de ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

Los límites deben procurar, en la medida de lo posible, que ninguno de los derechos resulte injustificado o desproporcionadamente sacrificado en beneficio del otro con el que colide. El principio de proporcionalidad se compone de 3 requisitos:

- Adecuación o idoneidad entre el medio (límite) y el fin perseguido (protección del otro derecho).
- El de indispensabilidad o necesidad, que requiere que no existan otras alternativas que garanticen el fin perseguido por el límite de una forma menos gravosa.
- El de la proporcionalidad en sentido estricto, si existe un equilibrio razonable entre las ventajas y perjuicios que se generan al limitar un derecho con la idea de proteger otro derecho.

La doctrina y la jurisprudencia han insistido reiteradamente en el carácter restrictivo con el que deben ser interpretados los límites de los derechos fundamentales, donde deberá regir el principio de interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

Ante la disyuntiva de obedecer a la propia conciencia o al derecho, los ordenamientos constitucionales democráticos tratan de prever diversas soluciones, intentando evitar que el ejercicio de la libertad de conciencia suponga la transgresión de límites jurídicos y a la inversa, que el respeto al derecho vacíe de contenido al derecho inalienable a actuar en conciencia.

Existen varias posiciones doctrinales en España en este sentido: una, la que entiende que la Constitución o las leyes deben reconocer y regular en cada caso en que se permita la objeción de conciencia. La ventaja de esta opción es la seguridad jurídica, pues no sólo se promovería el reconocimiento expreso de una modalidad de objeción, sino también la regulación de las condiciones concretas de su ejercicio.

La segunda posición consiste en considerar que en el sistema jurídico español existe un derecho general a la objeción de conciencia, derivada de la libertad de conciencia, que daría cabida a cualquier modalidad de objeción que pudiera presentarse y en virtud de la cual, si se opta por desobedecer la norma jurídica que limita la libertad de conciencia, no por ello se puede afirmar que la conducta es automáticamente antijurídica (injustificada) y merecedora de sanción, sino que se deberá realizar la correspondiente ponderación⁸ o equilibrio entre los bienes enfrentados. Sería cuestión de determinar

⁶ En este sentido se podría aducir por los opositores a esta corriente doctrinal que se produciría un excesivo subjetivismo judicial, provocando la quiebra del principio de legalidad con grave daño para la seguridad jurídica.

⁷ La eficacia protectora de determinadas normas sobre conductas desobedientes puede ser mitigante (atenúa sanción), excusante (exime sanción a pesar de ser ilícito) y la justificante (razones que muestran que a pesar de parecer un hecho incorrecto no lo es en atención a las circunstancias consideradas).

⁸ Escobar Roca G. La objeción de conciencia en la constitución española. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993, p. 223. Indica una serie de criterios apropiados para ser utilizados en la ponderación: el grado de compulsión de la conciencia y si existe alguna forma de mitigar el daño a las convicciones morales del sujeto; el rango de la norma en la que uno y otro bien en conflicto encuentran su fundamento; el grado de relación entre el deber incumplido y el interés constitucional que se pretende garantizar; el daño objetivo que a este interés produciría aquel incumplimiento.

qué debe prevalecer en cada caso, cuál debe ceder y en qué proporción debe hacerlo. Esta opción carece de la seguridad jurídica de la anterior posición doctrinal pero a cambio presenta la ventaja de no cerrar el catálogo de objeciones posibles⁹.

4.1. Naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia. Derecho general o derecho excepción

Si bien existe un consenso general en considerar que la libertad de conciencia es un derecho inherente a la persona, un derecho humano del que puede emanar la posibilidad de objetar respecto a determinadas prácticas, donde surgen las discrepancias es, sobre si la objeción de conciencia tiene o no la naturaleza o el carácter de derecho fundamental y sobre si existe un derecho general a la objeción de conciencia, no necesitado de una concreta regulación para su ejercicio, o si por el contrario, debe estar expresamente regulado para poder ejercerlo.

Estas posiciones doctrinales diversas van desde la consideración de la libertad de conciencia tan sólo como valor informador del ordenamiento constitucional, directivo de la actuación de los poderes públicos; para otros, se trataría de uno de los nuevos derechos de libertad deducidos de la evolución de la conciencia social; otros como derecho subjetivo, constitucional pero no fundamental y por último, los que hablan de derecho fundamental. Dependiendo de la terminología se derivará la consecuencia según la cual se conciba la objeción de conciencia.

El derecho a la libertad de conciencia no aparece expresamente reconocido en la CE por lo que ha generado debate doctrinal acerca de su naturaleza, contenido, alcance y concreta sede constitucional. De lo que no cabe duda, es que aunque sea de forma implícita viene recogida en el artículo 16 CE. Dicho artículo debe leerse de acuerdo con el artículo 10.2¹⁰ CE, en relación al contenido de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, recogida en el artículo 18¹¹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 9¹² del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en 1950 en Roma y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 18¹³. Más recientemente nos encontraríamos con el artículo 10 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, con la rúbrica libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁴, integrada en el Tratado de Lisboa de 2009. También el propio TC lo ha entendido incluido en el 16 de la CE, a veces en la libertad ideológica, otras también en la religiosa o desde ambas.

La mayoría de autores entienden que la libertad de conciencia forma parte de la libertad ideológica¹⁵. El sujeto activo o titular de la libertad ideológica y religiosa son todos los seres humanos pues es un derecho que se relaciona con la dignidad humana, art. 10,1 CE. Esta libertad tiene dos vertientes una positiva, que consiste en el derecho a tener y manifestar tanto interna como externamente las creencias que uno libremente adopte y otra negativa, consistente en no verse obligado a declarar las propias creencias. Las limitaciones del ejercicio de este derecho suelen darse en la dimensión externa, pues es entonces cuando pueden colisionar con otros va-

⁹ En este sentido se encontraría Cámara Villar G. La objeción de conciencia al servicio militar. Madrid: Civitas; 1991, p. 30 que señala que en términos generales no se puede hablar de *numerus clausus* de supuestos de objeción de conciencia pues la dinámica social y la del ordenamiento jurídico son las que van haciendo que unos surjan y otros desaparezcan, o bien que éstos adquieran determinadas modulaciones.

¹⁰ Artículo 10.2: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹¹ Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

¹² Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

¹³ Se recoge una declaración del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión muy similar a las dos anteriores, pero introduce que esta libertad estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

¹⁴ Artículo 10.2º se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

¹⁵ Este derecho fundamental ha sido objeto de desarrollo legislativo, en lo que concierne específicamente a la libertad religiosa, mediante la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio.

lores dignos de protección. El artículo 16 de la CE garantiza la libertad ideológica y religiosa sin más limitación, en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público. A su vez, la razón de orden público tiene una limitación y es que ha de estar prevista por ley.

Sin embargo, existen autores como Díez Picazo¹⁶ que entienden que la objeción de conciencia no está en rigor comprendida dentro de la libertad ideológica y religiosa, pues ésta comporta el derecho a poseer las creencias que uno estime oportunas y el derecho a manifestarlas públicamente y a no sufrir sanciones por todo ello. Es un derecho que opera en el plano de las ideas y de la manifestación de las mismas. Por el contrario, la objeción de conciencia implica un paso más, que es el derecho a conducirse de conformidad con los dictados de la propia conciencia, opera en el plano de las conductas. Por tanto, el artículo 16 CE y los tratados internacionales, no dan por sí solos cobertura a pretensiones de objeción de conciencia pues existe el deber genérico de los ciudadanos y no sólo de los poderes públicos de respeto a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

La doctrina suele enunciar a la hora de comenzar el análisis particularizado de la objeción de conciencia la relativa al servicio militar. La razón radica en que históricamente ha sido la primera tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. La Constitución Española (CE) no recoge expresamente un derecho general a la objeción de conciencia, tan sólo se refiere a la objeción de conciencia en su artículo 30.2¹⁷ al hablar del servicio militar y en su artículo 20.1.d, a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, desarrollada por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. A su vez, el artículo 53.2 CE establece que el recurso de amparo será aplicable también a la objeción reconocida en el artículo 30 CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) adoptó una primera posición en sentencias, como la 15/1982, en la que se desprende que no hace falta una regulación de la objeción porque deriva del artículo 16 de la Carta Magna. Entiende la objeción de conciencia como una manifestación de la libertad de conciencia que a su vez es una concreción de la

libertad ideológica y religiosa, reconocida en el citado artículo.

En esa primera fase, el TC centró sus pronunciamientos en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar y le reconocía como un derecho-excepción, haciéndolo incluso antes de que se hubiese aprobado la norma que regularía posteriormente las condiciones y procedimientos para acogerse a tal objeción.

En un segundo momento, el TC adopta una decisión relevante respecto a la objeción al aborto. Es en la sentencia 53/1985, donde declara que existe un derecho general a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios si han de intervenir en la interrupción del embarazo¹⁸. En su FJ 14 aduce que el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la CE y como este tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

En este sentido, acogiéndose a lo señalado por la STC 53/1985, se pronunció la STS de 16 de enero de 1998, analizando el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que hace a la objeción de conciencia razona lo siguiente en su FJ 4º: indudable derecho de los médicos y su existencia y ejercicio no resulta condicionada por el hecho de que se haya dictado o no tal regulación, por otra parte difícilmente encuadrable en el ámbito propio de una normativa de carácter reglamentario, sino que al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la constitución, resulta directamente aplicable.

A su vez, la sentencia del TS de 23 de enero de 1998, respecto de la demanda interpuesta por el Consejo General de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería, en su FJ 10º, manifiesta que tal y como señala el TC en sentencia 53/1985 es una indudable facultad de enfermeros y

¹⁶ Díez-Picazo LM. Sistema de derechos fundamentales. Madrid: Civitas; 2003, p. 227.

¹⁷ La ley fijará las obligaciones militares de los españoles que se regulará con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las causas de exención al servicio militar obligatorio, pudiendo imponer en su caso, una prestación social sustitutoria.

¹⁸ Es más argumenta que lo que hace la STC53/1985 no es que se pueda extraer conclusiones de carácter general. Sino que en esta sentencia se enjuicia la ley de despenalización del aborto en varios supuestos. Es un supuesto muy específico, pues no se dispone que abortar sea un derecho sino más bien que en presencia de esas circunstancias el aborto no es punible. Sería pues sorprendente que ello implicase que el legislador impusiera el deber de participar en un hecho que él mismo considera en principio delictivo.

médicos que formaría parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1, directamente aplicable por tanto y cuya existencia y ejercicio no está condicionado por la regulación en el Real Decreto; por otra parte resulta de imposible utilización, por su naturaleza reglamentaria, para una auténtica regulación o desarrollo de tal derecho, por la reserva de ley recogida en el artículo 81 de la CE.

Pero el TC no siempre se ha mostrado fiel a su propia doctrina y si en la sentencia 53/1985 había declarado que existía un derecho general a la objeción de conciencia, es decir, un derecho que por formar parte de la libertad ideológica y religiosa que la CE reconoce, es invocable, en principio, frente a cualquier obligación jurídica, en otras ocasiones ha sostenido, justamente, lo contrario. En este último sentido, cabe citar las sentencias 160/1987 y la 161/1987, ambas de 27 de octubre. La primera fue dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad n.º 263/1985, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la totalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre de 1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y contra la LO 8/1984, de 26 de diciembre de 1984, artículo 2, reguladora del régimen de recursos y régimen penal en materia de objeción de conciencia y prestación social sustitutoria. En el motivo primero se aduce que se debería haber desarrollado por ley orgánica lo sustantivo y lo adjetivo por ley ordinaria y no al revés como se ha producido. En el FJ 2º se señala que no se ha quebrado el principio de seguridad jurídica al no ser la norma impugnada, totalizadora, pues deja en pie otra subdelimitación, trasladando la dificultad a otro campo, basándose en su pronunciamiento en la STC 67/1985¹⁹.

En su FJ 3.º el TC matizando su doctrina anterior, precisa que la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho constitucional, aunque no de carácter fundamental. Dice que es precisamente su excepcionalidad la que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental²⁰, a pesar de su relación con la libertad ideológica y legítima al legislador para que lo regule por ley ordinaria.

La misma doctrina resulta de la STC 161/1987 en la objeción sobrevenida durante el período de incorporación y permanencia en el servicio militar.

En esta sentencia, el TC dice en su FJ 3.º que efectivamente la objeción de conciencia supone una concreción de la libertad ideológica, pero de ello no puede deducirse que estemos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto y esto es lo que hizo el constituyente español, al reconocerlo en el artículo 30 CE, respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio.

Por otro lado, también deviene necesario comentar la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009, en la que el Alto Tribunal, antes de entrar en el tema objeto del recurso (objeción de conciencia a la asignatura de Educación para la Ciudadanía) desarrolla una extensa y elaborada argumentación general en torno al contenido y alcance de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, de la que cabe destacar los siguientes extremos:

- Recuerda que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia expresamente es en el ya reiterado artículo 30.2 y que fuera de ese caso, el TC sólo ha reconocido el derecho a objetar por motivos de conciencia al personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado.
- Que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos.
- Que sostener que más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que garantiza no sólo el derecho a tener o no las creencias que cada uno estime convenientes, sino también un derecho a

¹⁹ En la STC 67/1985 se afirma que sólo se exige forma de ley orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en constituyente permanente con la proliferación de leyes orgánicas.

²⁰ En la sentencia TC 160/1987 hubo un voto particular, del magistrado ponente Sr. de la Vega Benayas, que sí calificó la objeción de conciencia como derecho fundamental, derivado del derecho de libertad ideológica e incluido en la libertad de conciencia o al menos íntima y necesariamente conexo al mismo.

comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias, es una idea problemática por dos órdenes de razones:

1. Incluso entendiendo ese derecho general dimanante del artículo 16, lo cierto es que no comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a sus propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionales garantizados, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el mismo artículo 16, apartado 1, que es el mantenimiento del orden público protegido por la ley. En resumen, que si bien uno se puede comportar según sus propias creencias, esta posibilidad termina, allí donde comienza el orden público.
2. Por otro lado, se alza el mandato del artículo 9.1 de la CE donde se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

En resumen, que reconocer un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado de Derecho.

En este mismo sentido, se manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 2009, al entender de un asunto de objeción de conciencia efectuada por un encargado de Registro Civil. Además, reflexiona acerca del motivo alegado en el recurso sobre el artículo 10.2 de la carta de derechos fundamentales de la unión Europea «Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». En este sentido, reconoce la Sala que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y llega a aceptar que tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo, pero la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen De-

recho de la Unión Europea y que además exista una ley nacional que lo regule.

Por último, también señala que las sentencias de 11 de febrero de 2009 no excluyen de raíz que no pueda entenderse que el Tribunal Constitucional pueda extender a otros supuestos que sean verdaderamente excepcionales.

En cuanto al artículo 9 del Convenio de Roma que habla de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la sentencia refiere que lo hace en los mismos términos que ha seguido nuestro artículo 16 de la Constitución por lo que no se ha de hacer argumentos adicionales.

En contra de estas sentencias, algunos autores como Marina Gascón²¹, entienden que el artículo 16 comprende un derecho general a la objeción de conciencia, lo cual no supone que deba tolerarse la violación de cualquier deber jurídico, sino tan solo sostener una justificación *prima facie*, dependiendo de una evaluación final, y que tal derecho está limitado, como mínimo por los mismos límites que se establecen para el resto de los derechos y libertades protegidos por el ordenamiento. Para defender este derecho es necesario defender una concepción de los derechos fundamentales en la que la libertad, sea la regla básica del sistema y las obligaciones y deberes jurídicos, la excepción a la misma. Cuando exista una obligación opuesta al ejercicio de la libertad de conciencia se entenderá que existe un problema de límites al ejercicio de los derechos fundamentales un problema de colisión o conflicto entre el derecho individual y los valores protegidos por la obligación jurídica desobedecida. La existencia de este derecho general no excluye que en ocasiones tal derecho deba ceder ante otros derechos. Una cosa es la legitimidad constitucional del derecho y otra la legitimidad de su ejercicio en un caso concreto.

Ello no equivale a dejar inerte al Estado de Derecho frente a los infractores de sus normas, sino que únicamente obliga a una ponderación de bienes constitucionales, se obliga a preguntarse si la restricción de la libertad individual, derivada del deber jurídico, cuenta con suficiente justificación aún en presencia de un dictamen de conciencia que impulsa al sujeto hacia un comportamiento distinto²².

Además, sostiene que el TC no encara directamente si existe un derecho general a la objeción de conciencia, sino que se limita a exponer algo tan obvio como que resulta inviable amparar cualquier in-

²¹ Gascón M. *op. cit.*, p 281-292.

²² Gascón M. *op. cit.*, p. 288. Nos hallamos ante el problema de los límites de los derechos fundamentales. Que los derechos subjetivos en general y los fundamentales en particular están sujetos a límites constituye una afirmación universal tanto de la doctrina jurídica como de la jurisprudencia.

fracción jurídica por el simple hecho de que el sujeto alegue un dictamen de conciencia.

Parte de la dogmática sostiene, sobre todo desde la óptica de la filosofía del derecho y el derecho eclesial, una fundamentación ética, en la que se afirma que la objeción de conciencia es un derecho general y fundamental, por ser algo connatural a la persona y a la dignidad del ser humano y como una necesaria concreción de las libertades garantizadas en el mencionado artículo 16 CE. No requiere para su calificación de fundamental de una mayor justificación o argumentación jurídico-constitucional. Basta con una valoración del tema desde la ética e, incluso, desde una perspectiva religiosa, para alcanzar tal conclusión. Pero esta fundamentación no puede otorgar una prevalencia total y absoluta a la ética privada sobre la ética pública. Por tanto, se necesitará una regulación para compatibilizar la ética individual con la ética pública.

Por el contrario, los tratadistas que enfocan el tema desde la óptica del Derecho Constitucional, esto es, únicamente desde el plano de la exégesis jurídica, en línea con la doctrina del TC, tienden a negar que la objeción de conciencia sea un derecho fundamental, a la par que niegan la existencia de un derecho con carácter general. Entienden el derecho a la objeción de conciencia como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, ya que supone una excepción al cumplimiento de un deber general y que como tal requiere en principio (salvo aquellos casos como el aborto) de un reconocimiento expreso para su ejercicio a través de normas jurídicas que lo avalen.

4.2. Necesidad de regular normativamente el ejercicio de la objeción de conciencia. Rango de la norma que la desarrolle

Hay que decir que el TC postula no ya la conveniencia sino la necesidad de su regulación y en similares términos se pronuncia el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de febrero de 2009, antes comentada.

En cualquier caso, la generalidad de los tratadistas coinciden en que no puede darse una prevalencia total y absoluta a la ética privada sobre la

ética pública y se entiende que la objeción de conciencia no puede ser ejercida directamente por cualquier ciudadano y en cualquier ámbito desobedeciendo dicho ordenamiento jurídico y sin norma legal que lo ampare, pues la obediencia al derecho en un Estado democrático de derecho también es un imperativo ético, además de jurídico. En efecto, la regulación de la objeción de conciencia resulta imprescindible para compatibilizar la ética individual con la ética pública.

Además, incluso para los que defienden que la objeción de conciencia, forma parte de la libertad de conciencia y ésta a su vez, de la libertad ideológica, al constituirse como derecho fundamental, también necesitaría de una norma que la desarrollara no como requisito de validez sino de seguridad jurídica. Un rasgo peculiar de los derechos fundamentales es que tienen una formulación normativa abierta, tienen una estructura principal, de ahí que se deriven serias dificultades de interpretación y aplicación de los mismos, a diferencia de las reglas²³. Además la vaguedad o estructura abierta de los derechos fundamentales no es por casualidad sino una necesidad fisiológica de éstos, según Víctor Ferreres, habida cuenta la función inspiradora que deben cumplir en el ordenamiento y ello por dos razones, una que si no tuvieran esa estructura abierta con el paso del tiempo no podrían dar respuesta a las nuevas exigencias sociales y dos, es que los derechos fundamentales protegen valores o bienes jurídicos sobre los que no existe un consenso generalizado (derecho a la vida, la intimidad, etc.).

Por lo tanto la técnica de aplicación es distinta, mientras para las reglas se utilizaría la técnica de la subsunción (se analiza si el caso real encaja o no en el supuesto de hecho de la norma y entonces se le aplica la consecuencia jurídica en ella establecida) y en la de los principios sería la ponderación (sopesar), se trata de evaluar las razones a favor de un valor u otro a fin de hallar el punto de equilibrio entre ambos que resulte más apropiado para el caso concreto. Esta ponderación debe ajustarse a tres exigencias.

1. Análisis de las características fácticas y jurídicas del caso concreto.
2. Determinar cuál de los valores es más digno de protección en atención al caso concreto, teniendo en cuenta cuál de los valores en colisión se ve más afectado y el rango de la norma.

²³ Díez Picazo LM. *op. cit.*, p. 40 distinción clásica entre reglas y principios. Las reglas responden a la idea tradicional de norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; por el contrario, los principios serían mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico. No tienen un supuesto de hecho ni tampoco una consecuencia jurídica.

3. Determinar hasta dónde hay que optimizar, es-triba en hallar el punto justo de equilibrio entre valores opuestos, atendiendo al criterio de la proporcionalidad. El sacrificio lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de prioridad y por tanto a igual efectividad debe preferirse la solución menos gravosa.

También cabe señalar que no todos los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución están formulados en forma de principios (por ejemplo, el art. 17 que establece el plazo máximo de detención, es una regla) pero el artículo 16 sí es un principio.

Sentada la necesidad, o cuanto menos la conveniencia, de su regulación legal, se abordará cuál debería ser el rango legal de la norma que lo desarrolle. En nuestro sistema jurídico, la distinción entre derecho fundamental y derecho ordinario es importante pues el nivel de protección es diferente. La Constitución establece dos reservas de ley. Por un lado, se halla el artículo 53.1 los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título que vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en art 161,1a). Por otro lado, está el 81,1 según el cual son leyes orgánicas, entre otras, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Mientras el 53.1 contempla una reserva de ley ordinaria, el 81 impone una reserva de ley orgánica. El TC ha venido manteniendo de manera constante que esta última expresión abarca sólo los derechos fundamentales strictu sensu proclamados en la sección 1.^a del capítulo II del título I y ello no sólo por su argumento literal sino también por consideraciones de tipo sistemático y teleológico: los derechos de la sección 1.^a gozan de un tratamiento especial también a otros efectos, tales como la protección jurisdiccional reforzada del artículo 53,2 y el procedimiento agravado de reforma constitucional, artículo 168 CE, de manera que únicamente respecto de ellos estaría justificada la rigidez propia de la ley orgánica (STC 76/1983,67/1985, etc.).

También la jurisprudencia constitucional afirma que la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE

comprende bien aquellas regulaciones que entrañen un desarrollo directo de un derecho fundamental bien aquellas que, sin desarrollar ese derecho de manera sistemática, incidan sobre aspectos consustanciales del mismo y paralelamente queda fuera de la reserva de ley orgánica la regulación que simplemente afecte a elementos no necesarios sin incidir sobre el ámbito y los límites del derecho en cuestión (stcia TC 101/1991). En la práctica legislativa no es fácil trazar la línea divisoria entre elementos consustanciales y elementos no necesarios de un derecho.

Si atendemos exclusivamente a la doctrina última del TC, como ya se ha expuesto anteriormente, al entender la objeción de conciencia como un derecho constitucional pero no fundamental, no precisará ser regulado por ley orgánica y el legislador estatal o autonómico, utilizando los títulos competenciales derivados de los artículos 148 y 149 de la CE, podrá regularla mediante ley ordinaria²⁴.

Por el contrario, para aquella posición doctrinal que entiende que la objeción de conciencia está englobada dentro del artículo 16 de la CE, como derecho fundamental su desarrollo normativo directo se debe realizar mediante ley orgánica.

Muy recientemente, mediante la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²⁵ se recoge expresamente y por primera vez, a nivel estatal, en su artículo 22.2 el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Sin embargo, con anterioridad, se recogía la objeción de conciencia en leyes autonómicas referentes a las instrucciones previas o voluntades anticipadas, como la madrileña, la valenciana, la extremeña, riojana, balear y el decreto murciano.

4.3. Regulación en los códigos deontológicos

Si bien se han producido varios intentos de regulación legal de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, lo cierto es que ninguno de ellos

²⁴ Beltrán J. L. Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria. Derecho y Salud. 2008; volumen núm. 16: 3-28. Hace una propuesta de borrador de ley ordinaria de objeción de conciencia del personal sanitario. En ella se reconoce a ésta como derecho constitucional aunque no fundamental y se reconoce el derecho a manifestar la objeción de conciencia de conformidad con lo dispuesto en esa ley. También recoge un listado de posibles actos sobre los que cabe objetar, sin perjuicio de otros que se determinen posteriormente. No acepta la objeción de conciencia en un caso de urgencia o grave peligro. La creación de un comité de objeción de conciencia para conocer las solicitudes y resolver, custodiar el registro público de objetores, delimitar los ámbitos sobre los que cabe objetar, etc.

²⁵ Esta ley entrará en vigor a los 4 meses desde la publicación en el BOE, de 4 de marzo de 2010.

había prosperado finalmente, salvo la Ley Orgánica 2/2010 y aquella normativa autonómica mencionadas.

Hasta ahora, pues, la única *regulación* existente es la que contienen los códigos deontológicos de las diferentes profesiones sanitarias. La justificación legal de los códigos deontológicos tiene su máximo exponente en la Ley de Colegios Profesionales de 1974, donde se atribuye a los colegios la función de ordenar en el ámbito de su competencia. En cuanto al valor legal de estos códigos, nuestro TC ha manifestado que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados.

Así, el artículo 26 del Código de Ética y Deontología Médica, reconoce al médico un derecho a negarse, por razones de conciencia, a practicar determinadas prácticas (interrupción del embarazo, esterilización y regulación y asistencia a la reproducción).

También el artículo 22 del Código Deontológico de la Enfermería Española, al establecer que, de conformidad con el artículo 16.1 de la CE, la enfermera/o tiene el derecho a la objeción de conciencia en el ejercicio de su profesión. En este caso, no explicita en qué situaciones.

Por otro lado, el artículo 28 y 33 del Código de Ética y Deontología de la Profesión Farmacéutica, también sin limitar las prácticas concretas, establece la facultad de ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

Por último, quisiera hacer en este apartado una mención especial a la publicación nº 4 del 2005, de la Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Barcelona. En ella se describe que se ha pasado del antiguo modelo de la tradición hipocrática a formas de relación más igualitarias contempladas en los códigos de ética modernos donde el paciente tiene unos derechos reconocidos y aceptados por el colectivo sanitario en general, pero el profesional sanitario también tiene unos derechos entre los cuales está sin duda el derecho a la objeción de conciencia. Los cambios producidos pues en la relación médico paciente²⁶ hacen que cada vez haya más conflictos de valores. La objeción de conciencia es una acción de gran dignidad ética cuando las razones aducidas por el profesional son serias, sinceras y constantes y se refieren a cuestiones graves y fundamentales. El objetor siente hacia los actos que no acepta en conciencia, un rechazo moral profundo hasta el punto que someterle a lo que se le ordena equivaldría a traicionar su propia identidad y con-

ciencia, a manchar su dignidad de agente moral y recuerda que el artículo 10.1 de la CE proclama como derecho fundamental la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes.

5. Supuestos de deberes sanitarios susceptibles de ejercitar la objeción de conciencia

En línea de principio, casi cualquier deber jurídico sanitario puede ser objetado, pues los conflictos de conciencia son, por definición, impredecibles y los contenidos de la conciencia pueden ser de lo más variado. Sin embargo, en el campo sanitario, los casos típicos de objeción se presentan, en la actualidad, en las intervenciones de reproducción humana —esterilización, contracepción, contragestación o fecundación asistida, investigación con embriones humanos— y en mayor medida, en la interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante, el creciente pluralismo ético de la sociedad y el avance de las posibilidades técnicas y terapéuticas en medicina, hacen esperar que en el futuro se acreciente el número de deberes sanitarios objetables, tanto en actuaciones en el origen de la vida como en actuaciones al final de ésta, como por ejemplo, en la clonación de seres humanos, la investigación con embriones humanos, o si se legalizara la eutanasia o el suicidio asistido, entre otros.

5.1. La objeción del profesional sanitario al aborto. Alcance objetivo y subjetivo del derecho

La objeción de conciencia al aborto consiste en la negativa a ejecutar prácticas abortivas o a cooperar, directa o indirectamente en su realización. La primera ley del aborto aprobada en España se circunscribió a los límites territoriales de la Generalitat de Catalunya (26 de diciembre de 1936), sin embargo, no recogía cláusula de conciencia.

Tampoco lo hizo la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, despenalizadora de ciertos supuestos de aborto, si bien durante el proceso parlamentario de su aprobación fueron presentados dos proyectos de

²⁶ Del paternalismo, al autonomismo y a la relación dialógica.

ley orientados a tutelar la objeción de conciencia, una por el Grupo parlamentario comunista y otra, por el popular. Contra la primera redacción de esta ley aprobada en 30 de noviembre de 1983 se presentó recurso previo de inconstitucionalidad ante el TC que fue resuelto por la sentencia 53/1985. Si analizamos el supuesto, vemos que si bien realmente no versaba sobre la objeción de conciencia sino sobre la reforma en sí aludida (despenalización del aborto en tres supuestos), se alegó también que dicha reforma no contenía previsión alguna sobre la objeción de conciencia y el tribunal aludió brevemente a esta cuestión. En este sentido, referir que se declaró en la citada sentencia que la objeción de conciencia entronca con el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa y se reconoció su existencia en el caso del aborto a pesar de la falta de una normativa que lo regulara²⁷.

La tutela de la vida humana es un derecho constitucionalmente protegido, y en este supuesto se trata de la vida del nasciturus, que si bien no puede ser sujeto de derechos, sí constituye un bien protegible desde el momento de la concepción. El aborto se configura como un disvalor, mientras que la negativa a practicarlo revela una posición de conformidad con los valores constitucionales. Una ley despenalizadora del aborto implica una excepción al principio general que califica como delictiva una acción abortiva, por eso mismo se suele hablar más de objeción de legalidad que de estricta objeción de conciencia, en la medida en que el sanitario cuando se niega a practicar o colaborar en el aborto opta por la regla general prohibitiva del aborto.

Para muchos autores, esta sentencia sobre objeción de conciencia consagra una excepción sólo válida para el caso del aborto y la norma general después de las sentencias TC 160 y 161 de 1987, es la de exigir un desarrollo normativo de este derecho para que pueda invocarse por los ciudadanos y no aceptar su aplicación directa a partir del texto constitucional²⁸.

Sin embargo, resulta discutible considerar exclusivamente la aplicación directa de la constitución sólo en el caso del aborto pues existen otros conflictos en la actividad sanitaria que cuentan con la misma intensidad y problemática del aborto (como la píldora postcoital, utilización de células embrionarias, investigación con embriones, etc.). Por otra

parte, también tienen entidad suficiente para aceptar su invocación directa en situaciones al final de la vida (tratamientos paliativos, instrucciones previas, etc.). Siguiendo a Sánchez Caro no se entiende el porqué cabe admitirla en dicho supuesto del aborto y no en otros, por qué se puede oponer ante un determinado supuesto profesional sin necesidad de esperar al reconocimiento legal específico y en otros, se requiere esperar a su correspondiente desarrollo normativo.

A pesar de haber hecho oídos sordos el legislador a la comentada doctrina constitucional que exige la regulación de los procedimientos de objeción para poder ejercerla, ello no ha supuesto un obstáculo para el reconocimiento y la práctica de la objeción al aborto.

Como se ha expuesto anteriormente, esta cuestión ha sido abordada en sentencias de diversos órganos judiciales como la 53/1985 y matizada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, donde se ha admitido como **excepción** la objeción de conciencia del personal sanitario en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo en las modalidades en que fue despenalizada en 1985, pues puede ser ejercida aún cuando el legislador no haya regulado el procedimiento para su ejercicio. Se instaura en consecuencia una ruptura con el resto de objeciones de conciencia, que en principio deben requerir una regulación legislativa.

Una vez sentado el reconocimiento del derecho, queda por determinar su alcance. La objeción de conciencia se circunscribe exclusivamente al acto central o si, por el contrario, se extiende también a los actos preparatorios del mismo y a los actos subsiguientes derivados de la práctica del aborto.

En este punto, cabe mencionar la sentencia de 29 de junio de 1988 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, donde el Colegio de Médicos de Asturias interpuso recurso contra la resolución de la Dirección Provincial del Insalud por el que se obligaba al facultativo de guardia a atender a la mujer a la que se le hubiere de realizar una interrupción del embarazo. Esta sentencia resulta clarificadora pues llega a las siguientes conclusiones:

- No se podrá obligar al personal sanitario que sean objetos a realizar actos, cualquiera que sea su

²⁷ STC 53/1985, FJ 14 parte final: *Cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación.*

²⁸ Navarro-Valls R, Martínez-Torrón J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid: McGraw-Hill;1997, p. 23-24 dicen que debe partirse como regla genérica y atender luego a los demás pronunciamientos como limitados a específicas manifestaciones de objeción de conciencia.

naturaleza, que directa o indirectamente estén encaminados a provocar el aborto.

- Que los profesionales sanitarios objetores deberán prestar asistencia, en todas las otras incidencias que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas.
- Por otro lado, decir que no cabe objetar al aborto si la situación es de urgencia, pues el derecho a la vida debía considerarse por encima del derecho a objetar.

En cuanto al ámbito subjetivo, en la medida en que la objeción de conciencia se configura como derecho derivado de la libertad ideológica, hay quien sostiene que se trata de un derecho individual, a la que sólo pueden acogerse las personas y nunca puede ser ejercido por una institución, colectivo o Comunidad Autónoma. Otros, en cambio, dejan la puerta abierta al ejercicio de la objeción como institución si se trata de centros de salud y hospitales privados, nunca en las instituciones sanitarias financiadas total o parcialmente con fondos públicos, pues en estos últimos se debe garantizar plenamente el derecho de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias reconocidas legalmente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998, recuerda que el derecho a la objeción de conciencia al aborto, aún sin consagración y regulación explícitas en la Constitución ni en la legislación ordinaria, forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16, según doctrina fijada por el TC en su conocida sentencia de 11 de abril de 1985. Por consiguiente, se trata de un derecho que vincula a todos los poderes públicos, a tenor del artículo 53.1 de la CE, de modo que éstos no sólo tienen el deber de respetarlo en la plenitud de su contenido, sin merma ni menoscabo sino incluso la de adoptar cuantas medidas positivas resultaren necesarias para procurar su efectividad. También refiere que puede invocarse este derecho no sólo cuando el profesional sanitario va a realizar actos directos que lo provoquen sino también cuando su concurso se limita a la colaboración finalística en el proceso en sí (actos de colaboración para la interrupción voluntaria del embarazo).

Por fin, la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo recoge expresamente y por primera vez, en su artículo 19.2 el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que deberán manifestarse anticipa-

damente y por escrito. Esta ley entrará en vigor a partir de los cuatro meses desde su publicación en el BOE (4 de marzo de 2010). Esta ley recoge los siguientes supuestos:

- a petición de la mujer dentro de las primeras 14 semanas de gestación;
- por causas médicas: cuando dentro de las primeras 22 semanas de gestación exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada o riesgo de graves anomalías para el feto; y transcurridas las 22 semanas, cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Según el preámbulo lo que hace el legislador es adaptar el derecho a los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular, procurando siempre que la innovación normativa genere certeza y seguridad en las personas a quienes se destina, pues la libertad sólo encuentra refugio en el suelo firme de la claridad y precisión de la ley. Toma como punto de partida la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y a algunos de sus principios como la negativa del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y en consecuencia el deber del legislador de ponderar los bienes y derechos que en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o en caso contrario precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

5.2. La píldora postcoital

Existe cierta polémica acerca del carácter abortivo o simplemente anticonceptivo de este fármaco. Según la Organización Mundial de la Salud, la píldora se considera como un método anticonceptivo de emergencia y no como un abortivo, pues su efecto se produce antes de la etapa más temprana de la implantación y su función es provocar una descoordinación entre el óvulo y los espermatozoides, impidiendo así la fecundación. Habida cuenta lo anterior, no se puede hablar de aborto cuando no hay fecundación y por lo tanto, tampoco embrión. Mayor problema suscita si ha habido fecundación, pues si bien parte de los científicos consideran que tampoco hay efecto abortivo, al entender que el embarazo comienza con la anidación o implantación, no con la fecundación; otros científicos, sin embargo, entienden que el embarazo comienza con la fecundación. Estos últimos, se basan en el planteamiento jurídico del Tri-

bunal Constitucional, en que si bien como ya hemos mencionado no reconoce al nasciturus como sujeto de derechos, lo considera un bien protegible desde el momento de la concepción. Para esta corriente se estaría en un caso similar al del aborto, por lo que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se puede hacer a través de la aplicación directa de la constitución.

Este deber sanitario objetable aunque puede plantearse por los médicos²⁹, se ha suscitado en mayor medida por el sector farmacéutico. Ya hemos aludido a su reconocimiento en el plano deontológico³⁰, pero desde una vertiente puramente legalista, se podría aducir que si en la ley del medicamento 25/1990 se recoge que constituirá una infracción grave la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada, asensu contrario se podría alegar que entre las causas justificativas podría hallarse la objeción de conciencia y ésta operaría como excepción para no dispensar el medicamento en cuestión. También hay que señalar que algunas de las normas autonómicas (La Rioja, Galicia y Castilla-La Mancha) de ordenación y atención farmacéuticas se ha introducido específicamente la objeción de conciencia del farmacéutico.

Sin embargo, su tratamiento judicial se inició como consecuencia de una orden de 1 de junio de 2001 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, aprobada por Real Decreto 104/2001, de 30 de abril, por la que se obligaba a los farmacéuticos andaluces a tenerla y dispensarla. Esta orden fue objeto de recurso contencioso-administrativo alegando el derecho a la objeción de conciencia por los farmacéuticos por el efecto abortivo del fármaco. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 30 de julio de 2002, si bien en un principio suspendió la aplicación de la orden, finalmente desestimó por falta de legitimación activa del farmacéutico recurrente.

Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de abril de 2005, FJ 5.³¹, reconoció por vía de *obiter dictum* que, con base en el artículo 16

de la CE, se podrían formular objeciones de conciencia por los profesionales sanitarios con competencia en la prescripción y dispensación de medicamentos, englobando así la correspondiente a la píldora postcoital. Nada obsta pues, para que haya una previsión normativa de desarrollo del ejercicio de la objeción de conciencia, en la prescripción y dispensación del medicamento, como de hecho existe a nivel autonómico; y además, para el supuesto de considerar a la píldora postcoital como abortivo, podría invocarse legítimamente la aplicación directa de la constitución, al igual que en el supuesto del aborto.

5.3. Las técnicas de reproducción humana asistida

En los últimos años se han producido cambios trascendentes en el campo de la biomedicina, sobre todo en la genética. Ello ha dado origen a dos normas muy importantes que intentan regular estas posibilidades que nos brindan las nuevas tecnologías. La ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida y la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. La primera, tiene como objetivo facilitar al máximo que quienes tengan problemas de fertilidad puedan tener hijos, así como también la aplicación de estas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y las condiciones en las que podrá autorizarse la utilización de gametos y preembriones humanos con fines de investigación. La segunda, tiene por objeto regular la investigación biomédica con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona.

Quizás nos hallamos ante el supuesto en que existen mayores dilemas de carácter ético y jurídico debido a la rápida proliferación de avances técnicos en esta materia, donde la mayor controversia radica en la determinación del estatus biojurídico del em-

²⁹ El Colegio de Médicos de Barcelona tiene establecido que el médico tiene el derecho a negarse a prescribir la píldora postcoital por razones de conciencia pero siempre que no se impida el acceso al tratamiento anticonceptivo de emergencia a través de otro facultativo.

³⁰ Código de Ética Farmacéutica y Deontológico de la Profesión Farmacéutica de 2000, se recoge la objeción de conciencia como un derecho que dimana de la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico y que puede ejercitar respetando la libertad y el derecho o la vida y la salud del paciente.

³¹ FJ 5.º STS 23 de abril de 2005: «En el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC, núm. 53/1985), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos, circunstancia no concurrente en este caso».

brión³². Hay tres corrientes bien diferenciadas: la teleológica, que es aquella que considera al embrión una realidad personal desde el primer instante de la concepción; la que aboga por una concepción gradualista del embrión³³; y la naturalista, que considera que el embrión no es más que un conjunto de células sin un rango diferente al de otras células humanas. Los conflictos de conciencia se podrían dar en mayor medida dependiendo de la concepción que se tenga del embrión, siendo más susceptible la primera, pues el embrión debe protegerse desde el momento que ha sido fecundado y en la segunda, a partir del momento concreto en que se entiende como bien susceptible de ser protegido.

Sin duda una de las cuestiones que hacen de la reproducción humana asistida una práctica controvertida éticamente guarda relación con la creación, utilización y, a veces, inevitable destrucción de embriones humanos. Como es sabido, algunas de sus técnicas, como la fecundación in vitro (FIV) o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), conllevan normalmente que se generen en el laboratorio más embriones in vitro de los que son necesarios para un ciclo de la mujer. Existe una prohibición legal de transferir al útero de la mujer más de tres embriones en cada ciclo. Pero también son posibles los problemas de conciencia en el supuesto de reducción embrionaria, que consiste en la eliminación de uno o varios de los embriones implantados en el útero de la mujer bien para poder garantizar la salud de la madre o de algunos de los embriones anidados. La reducción embrionaria consiste en la eliminación de uno o varios de los embriones implantados en el útero de una mujer para garantizar la salud de la madre y la de los restantes embriones anidados. Desde el punto de vista ético, la reducción embrionaria es muy similar al aborto, aunque en este supuesto selectivo, pues se trata efectivamente de una eliminación deliberada y directa de uno o más seres humanos ya implantados en el útero materno. Este aspecto es todavía más acusado cuando, complementariamente, se requiere llevar a cabo un diagnóstico genético preimplantacional

(DGP) y posterior selección de los embriones sanos, pues entonces hay que disponer de un número alto de éstos para poder llevar a cabo dicha selección.

La ley de reproducción humana confiere a las parejas (y a la mujer sola) una serie de opciones sobre los embriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, que se hallan criopreservados en los bancos de los centros: su utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de su conservación. La norma prevé, además, un mecanismo de renovación o modificación del consentimiento de los progenitores, consistente en que los centros, cada dos años como mínimo, habrán de dirigirse a la pareja o mujer sola para dicho cometido, bajo la advertencia de que si durante dos intentos consecutivos de renovación resultara imposible obtener de la mujer o de la pareja la firma del consentimiento correspondiente, los embriones pasarán a disposición de los centros que podrán destinarlos, conforme a su criterio, a cualquiera de los fines citados, manteniendo la confidencialidad y anonimato de los progenitores y la gratuidad.

La primera cuestión que surge es si nos encontramos ante una verdadera cosificación/Instrumentalización del ser humano. Desde el punto de vista ético, se considera importante la adecuada valoración de los procesos naturales, ante la creciente banalización de la reproducción humana, el recurso abusivo a la técnica y la mercantilización. Dónde situamos ética y jurídicamente el límite de la satisfacción reproductiva de los progenitores.

Por otro lado, nos encontramos ante el dilema de la selección de embriones sanos con respecto a otros que adolecen de alguna patología o una simple predisposición a una determinada enfermedad. ¿Nos encontramos ante un supuesto de eugenesia negativa? Existe gran dificultad de distinguir entre las intervenciones terapéuticas de las perfeccionistas. El DGP tiene como finalidad la detección de enfermedades hereditarias graves³⁴, de aparición precoz³⁵ y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con

³² Ver las consideraciones sobre el embrión humano. Revista *bioética&debat*. Monográfico 2009; vol. 15, núm. 57. En este documento se hace una aproximación al embrión humano desde la perspectiva de los datos científicos, así como también desde una vertiente ética como jurídica.

³³ El gradualismo es la tesis que ha informado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en los casos del aborto (STC 53/1985), de reproducción humana asistida (STC 116/1999) y en la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (STC 212/1996).

³⁴ Enfermedad grave es aquella que ponga en serio riesgo la supervivencia o la calidad de vida del afectado, o que comprometa seriamente la función fisiológica a la que afecta.

³⁵ Aparición precoz es cuando se produce el surgimiento de la enfermedad en la edad infantojuvenil, considerando el límite de edad de los 18 años.

objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; y la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión³⁶. Fuera de estos casos, se requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Desde una perspectiva bioética, el DGP no está exento de polémica, en cuanto conlleva, en primer lugar, la generación de un número de embriones superior al que requiere una FIV normal; y, en segundo lugar, la selección de unos embriones y el descarte de otros, lo que supone en la práctica el establecimiento por los profesionales de la reproducción —normalmente los embriólogos de los centros— de criterios de normalidad genética que determinarán la condición de apto o no apto del futuro ser. Pero hasta qué punto es ético usar los DGP para detectar enfermedades; detectar meras predisposiciones a una enfermedad (rechazan un preembrión que podría dar lugar a una persona sana que nunca desarrollará la enfermedad) y en base a ello decidir la no transferencia de embriones o incluso para seleccionar embriones con fines terapéuticos para terceros (bebés medicamento) que deben ser autorizados expresamente por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, art. 12,2 ley 14/2006.

En todo ello habita la difícil distinción entre capacidad y discapacidad, normalidad y anormalidad, vinculación entre sufrimiento y discapacidad, a veces establecidas por razones sociales o contextuales, lo cual es altamente cuestionable.

La sentencia TC 116/99 de 17 de junio de 1999, originada por el recurso de inconstitucionalidad promovido por el grupo parlamentario popular del Congreso contra la ley 35/1988, de técnicas de reproducción humana asistida, establece que hay que distinguir entre preembriones y embriones. Dice que la vida no es una realidad hasta el inicio de la gestación (implantación del embrión en el útero de la madre), en consecuencia, no se puede hablar de aborto si no hay gestación en curso, no puede haber aborto de embriones in vitro ni tampoco intra utero antes de que el embrión se implante. El nasciturus no es titular del derecho fundamental a la vida aunque consiste en un bien que debe ser protegido, en el bien entendido de que la protección del nasci-

turus su valor es ponderable, con otros valores que pudieran estar enfrentados, tales como la salud o la dignidad de la madre o el hecho de gestar un feto malformado o patológico.

Por último, señala que los embriones in vitro no pueden tener una protección equiparable a los embriones intra útero y que la ley ha de garantizar que ni los gametos ni los embriones puedan ser considerados jurídicamente como bienes comerciables.

Esta afirmación permite concluir que para el TC, el embrión antes de su implantación tiene una consideración diferente a la del embrión implantado que permite legitimar jurídicamente determinadas actuaciones sobre él, reguladas por ley. Se desprende la consideración que el embrión humano, desde el inicio de formación del cigoto hasta su implantación en el útero materno, pasa por diferentes fases, que pueden darse de forma natural o bien en el laboratorio, en las que la ley otorga diferentes grados de protección.

En virtud de lo anteriormente expuesto, y dependiendo como se ha mencionado anteriormente, de la concepción que se tenga del estatuto biojurídico del embrión, se podrán dar muchos supuestos de objeción de conciencia en las técnicas de reproducción asistida y de investigación biomédica con gametos y preembriones, si bien no hay jurisprudencia concreta, teniendo en cuenta que entran en juego el derecho a la vida y la libertad de conciencia, y como derechos fundamentales que son, según la STC 53/1985 son directamente aplicables.

6. Ponderación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la intimidad

El ordenamiento jurídico reconoce un ámbito reservado de toda persona e inaccesible a terceros: es el derecho a la intimidad. Este derecho, recogido en el artículo 18.1 CE, en relación con el artículo 8 del CEDH, tiene una evidente conexión con la dignidad humana y por ello, sus titulares serán todos los seres humanos. Las personas jurídicas no pueden considerarse titulares del derecho a la intimidad. Este derecho consiste fundamentalmente en excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro del ámbito propio y reservado.

³⁶ La Comisión de Expertos entiende que se refiere a la posibilidad de aplicar las técnicas de screening encaminadas a determinar las características genéticas que pudieran comprometer la viabilidad embrionaria.

Se pueden distinguir tres conceptos de intimidad:

- *Objetivo*: el TC afirma la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Se identifica con la protección de un ámbito concreto del individuo, de su dignidad como persona y en esencia con la concepción de la intimidad como un derecho de defensa.
- *Subjetivo*: derecho a la autodeterminación informativa³⁷. Este concepto se identifica con un ámbito de plena disponibilidad por parte del individuo, siendo éste el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento de terceros. Atiende al elemento de libertad como trasfondo de la intimidad, es el ámbito que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo que el interesado lo consienta.
- *Teoría del mosaico*: configuración doctrinal reciente y que surge de la necesidad de protección de la intimidad del individuo frente a las amenazas que de forma genérica se producen con los avances tecnológicos y en concreto la informática. Formulada por Madrid Conesa³⁸, entiende que la teoría de la esfera pública y privada no es válida pues hoy ésta es relativa, dado que existen datos que a priori son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que unidos unos con otros, pueden servir para configurar una idea prácticamente completa de un individuo, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico.

La intimidad por tanto se debe entender como la protección de la autorrealización del individuo. Es el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar el conocimiento que terceros tienen de él. Es el elemento de desconexión social.

Teniendo en cuenta lo anterior, cómo conjugar la objeción de conciencia con el derecho a no revelar

sus creencias. Los límites a los que es lícito someter a los derechos fundamentales no deben ser sino los necesarios para la protección de la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás pero sin que tales limitaciones afecten al contenido esencial de los mismos. La sentencia del TC 160/1987, en su FJ 5, se pronunció sobre esta cuestión al respecto de declarar que no hay tal interferencia ilegítima, sino que para el ejercicio de la objeción de conciencia se requiere su expresión, constatación y reconocimiento de la misma³⁹ pues la verificación de las razones invocadas no equivale a una valoración de las creencias subyacentes sino sobre todo porque la decisión de someterse al procedimiento de invocación y verificación es voluntaria. La declaración sobre las propias creencias, más que un deber impuesto sería una carga aceptada por quien desea ejercer otro derecho fundamental. La posible colisión con los derechos reconocidos en los artículos 16.2 y 18.1 CE, desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas⁴⁰. La intimidad personal y el derecho a no declarar íntimas convicciones es algo que el objetor debe valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la CE le reconoce y decidir en consecuencia.

Según Díez Picazo⁴¹, el argumento es especioso pues resulta difícil calificar de «voluntario» el comportamiento de quien, deseando un beneficio, da cumplimiento a la condición que para su obtención otro ha impuesto: el coste de la libertad es la renuncia al beneficio, que en este supuesto es un derecho fundamental.

En el caso de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, parece necesario que se requiera la emisión de una declaración expresa de quien pretenda objetar en conciencia, que sea unívoca y sobre qué actos concretos se objeta, no tanto como requisito de validez o para que una comisión los valore posteriormente y les otorgue o no autorización, sino para la correcta organización de la entidad a la que pertenece el profesional para garantizar el respeto máximo a esa objeción de conciencia.

³⁷ Término introducido por Murillo De la Cueva PL. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos; 1990, pp. 117 *et seq.*

³⁸ Madrid Conesa F. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia; 1984, p. 45.

³⁹ No hay que olvidar que está analizando el TC la objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria regulada por la Ley 48/1984, que permite recabar de los interesados manifestación de sus razonamientos, requerir ampliación a través de terceros o documentación complementaria para autorizar o denegar la solicitud.

⁴⁰ Siempre que entran en conflicto varios derechos se debe realizar la correspondiente ponderación de derechos y en el supuesto que nos ocupa se deberá tener en cuenta cuando se dará la prevalencia de otros derechos frente al derecho a la intimidad. En la ponderación se deberá justificar si existe justa proporción entre la intromisión y los fines que se persiguen (pruebas de paternidad, de alcoholemia, etc.). Ver STC 7/1994, de 17 de febrero, fundamento jurídico 4.º.

⁴¹ Díez Picazo, L. M. *Op. cit.*, p.225.

6.1. Protección de Datos

La CE no ha sido ajena a la importancia que de forma genérica la tecnología, y de forma más concreta la informática, está provocando en las relaciones sociales y en la persona. Se constata que ha surgido una nueva necesidad, que tiene su origen en la vulneración de derechos individuales y sociales por parte de los modernos ingenios tecnológicos. La protección de datos deviene en necesidad no porque hayan surgido nuevos derechos, sino porque existen nuevas formas de lesionarlos.

Así, en el artículo 18.4 CE se recoge que 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.

La ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos surge para dar protección jurídica a las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos personales⁴² que puedan encontrarse en cualquier soporte físico. Los datos de carácter personal pueden clasificarse en nivel básico, medio y alto. El artículo 7 de la LOPD, regula los datos de nivel de seguridad alto que son aquellos que contienen referencias a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, origen racial, salud y vida sexual. Además, los relativos la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, no sólo requieren que el consentimiento sea expreso sino que además se exige la forma de otorgarlo, que es por escrito. Por tanto, el registro de datos donde figuren los profesionales que se declaren objetores de conciencia, contendrá datos especialmente protegidos pues se recogerán datos que hagan referencia a su ideología y/o creencias. En los registros de recursos humanos habrá que compaginar distintos niveles de seguridad para los ficheros de personal. Mientras los datos identificativos (nombre, DNI, etc.) serían datos considerados de nivel bajo, los datos referentes a las declaraciones de objeción de conciencia serán de carácter alto.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal especialmente protegidos.

Por otro lado y en cuanto al principio de seguridad de los datos, mencionar que el responsable

del fichero y en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal (y con mayor diligencia los relativos a los ficheros que contengan datos de nivel alto) y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. También aquellos que intervengan en el tratamiento de los datos de carácter personal, están obligados al secreto profesional y al deber de guardarlo. Estas obligaciones subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el fichero, artículo 10 de la LOPD. Se concreta el deber de secreto en la obligación de comunicar lo estrictamente relacionado con las funciones legítimas del cedente y del cesionario. Artículo 11 de la LOPD donde legitima la comunicación de datos a terceros en cuanto se vincula directamente al cumplimiento de los objetivos para los cuales el afectado prestó su consentimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior y para el caso que nos ocupa, se deberá dar de alta un fichero de personal en cada entidad que tendrá un nivel de protección alto, para recoger aquellas declaraciones de objeción de conciencia, que sólo podrán recabarse con el consentimiento expreso y por escrito de la persona, informándole de su derecho a no prestarlo y de para qué fines se recogen esos datos. Las cesiones de estos datos a terceros deberán ser por consentimiento expreso del cedente, salvo que hubiere otorgado ya en el documento su consentimiento concreto de cesión a ese tercero (por ejemplo, en el caso de las organizaciones colegiales, deberán reflejar en el modelo donde se recoja la posibilidad de objetar que se otorga el consentimiento expreso para ceder esos datos a la entidad de la que depende el cedente laboralmente).

7. Ponderación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia con los derechos de los ciudadanos y su influencia en la gestión pública y privada

El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios debe conjugarse con los derechos de los pacientes y usuarios de acceso a las prestaciones. Al faltar una regulación legal gene-

⁴² Son aquellos datos que permitan identificar a una persona, ya sea directa o indirectamente.

ral⁴³ que concrete los sujetos que pueden objetar, el procedimiento para declarar la condición de objetor, los límites del ejercicio de este derecho y las medidas posibles para garantizar un buen funcionamiento de los servicios, todo ello queda librado a la casuística. Esta situación requiere tomar medidas que permitan respetar ambas posiciones, propiciando a la vez la prestación del servicio y la objeción. Se trata de regular de forma práctica el ejercicio de la objeción y de agilizar los trámites para la prestación del servicio por parte de otro profesional no objetor, a fin de que no se vea afectado los derechos de los ciudadanos.

Pero la tensión originada por la formulación de la objeción de conciencia puede generar situaciones conflictivas no sólo entre el objetor y el solicitante de asistencia, sino también entre el objetor y sus colegas; entre el objetor y su superior jerárquico; entre el jefe objetor y los demás miembros directivos de la institución sanitaria; incluso, entre los gestores y los políticos.

En este sentido cabe hacer una mención especial al documento sobre la objeción de conciencia en sanidad, elaborado por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho del Parc Científic de Barcelona. Este documento, parte del reconocimiento del principio de autonomía de las personas y de la libertad de conciencia, ideológica y religiosa y se presenta con la voluntad de intervenir en el debate sobre la objeción de conciencia en el ámbito sanitario para precisar, en la medida de lo posible, su alcance ético y jurídico, así como sus condicionamientos sociales. En él se llegan, entre otras, a las siguientes conclusiones:

- Que no existe un derecho a la objeción de conciencia como tal, sino un derecho a la libertad de conciencia del cual puede emanar la posibilidad de objetar respecto a determinadas decisiones y prácticas, por lo que sólo pueden acogerse las personas, no las instituciones, colectivos o comunidades autónomas.
- Que en la sanidad pública no cabe su invocación si con ello se llega a vulnerar o impedir derechos reconocidos a los ciudadanos.

- La obligación de los poderes públicos de establecer un sistema que posibilite, el ejercicio de la libertad de conciencia y la percepción de la prestación sanitaria. Para ello, debe regularse el modo de efectuar la objeción de conciencia mediante un documento que recoja de forma explícita qué prácticas concretas afecta, con el fin de que el gestor sanitario pueda organizar adecuadamente la atención a los usuarios.
- Para la eficacia de la objeción de conciencia deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que realmente el objetor tenga las convicciones.
- b) Que se declare explícitamente y se establezcan las condiciones, requisitos, formalidades y plazos para poder ejercerla.
- c) Sólo se podrá ejercitar sobre aquellas conductas que efectiva y directamente estén afectadas por la creencia que fundamenta la objeción.
- d) Debe admitirse la posibilidad de una objeción de conciencia sobrevenida (avances tecnológicos), así como también la posibilidad de la llamada objeción de conciencia parcial, que puede ser asimismo sobrevenida y que surge en casos límite.

- Que las oficinas de farmacia, en tanto que establecimientos sanitarios privados de interés público y sujetos a la planificación sanitaria, se deberán arbitrar medidas para asegurar la administración de los medicamentos y productos sanitarios a los que los usuarios tengan derecho.

La sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio, declaró que los centros sanitarios no pueden invocar un ideario propio y están obligados a prescribir y proporcionar los servicios y las prestaciones reconocidos por el sistema de salud.

Al menos en el ámbito de la sanidad pública, la objeción de conciencia es exclusivamente predicable de las personas físicas, nunca de las instituciones o servicios sanitarios⁴⁴. Ello debe ser así porque de un lado, nuestra constitución declara al Estado no confesional, lo que implica por parte de los poderes

⁴³ Como se ha expuesto anteriormente, existen casos en que la normativa sí ha hecho una regulación legal para determinados ámbitos como la ley orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, también algunas normativas autonómicas respecto de la prescripción del medicamento así como en materia de instrucciones previas.

⁴⁴ Aunque existen algunos casos en que es la propia Administración sanitaria la que de facto, sin declaración pública al respecto como es lógico, hace una objeción de conciencia encubierta impidiendo que en sus centros y servicios se practiquen determinadas intervenciones, remitiendo en estos casos los pacientes a servicios sanitarios de otras comunidades autónomas. Ante la falta de personal sanitario de los propios centros o servicios dispuesto a practicar la prestación sanitaria, en lugar de enviar los pacientes a otras comunidades autónomas, la administración sanitaria debe contratar personal sanitario ajeno a sus instituciones, dispuesto a practicar la intervención en los propios centros de esa Administración.

públicos una exigencia de neutralidad en los aspectos ideológicos o religiosos y de otro, porque la carta Magna somete especialmente a las Administraciones al principio de legalidad, lo que conlleva el particular sometimiento a la legislación vigente y en concreto en lo que aquí nos interesa al deber de todas las administraciones sanitarias de hacer efectivo in situ el derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios sanitarios públicos asegurando y facilitando las prestaciones sanitarias legalmente establecidas, pues así lo manda la legislación sanitaria.

Distintas entidades nacionales, asociaciones, organismos colegiales disponen en sus páginas webs de formularios para presentar la objeción de conciencia para los distintos profesionales⁴⁵.

7.1. Las relaciones laborales: ponderación entre la libertad autoorganizativa en la empresa y el derecho a no discriminación

Si bien el ejercicio de la libertad ideológica no puede quedar al margen del ámbito de la empresa, la conciencia individual tropieza muy a menudo con las tareas encomendadas y con las exigencias de organización de la empresa. Estos derechos subsisten, sin perjuicio de que algunos de ellos puedan verse afectados por ciertas limitaciones, pues deben ser ponderados con los poderes de dirección⁴⁶, que corresponden al empresario en el concreto ámbito de las relaciones laborales. El conflicto es real y a priori descompensado, pues quien alega la objeción de conciencia está en una posición de debilidad en el conflicto, pero se trata de equilibrar ambos derechos.

Para ello, se servirá de lo que ha denominado Ugartemendia⁴⁷ como la eficacia justificante de los derechos fundamentales, que significa que quien ejerce un derecho fundamental no puede, en principio, ser perseguido por ello, ni sufrir consecuencia negativa alguna. Se trata de una aplicación de la conocida máxima *neminem laedit qui suo iure utitur*: quien ejerce su derecho no puede ser acusado de cometer ilicitud. No hay ofensa en ejercer los propios derechos, máxime cuando poseen rango constitucional, salvo que se realizara un ejercicio abusivo del derecho. El principio de la buena fe y la prohi-

bición del abuso del derecho están recogidos con carácter general para todo el ordenamiento en el artículo 7 del CC. Sólo en supuestos particularmente graves está justificado considerar ilegítimo e indigno de protección el ejercicio de un derecho fundamental.

A continuación, se analizará algunas sentencias que versan sobre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de trabajadores ponderado con la libertad autoorganizativa de la empresa:

Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero. donde se abordó la cuestión del descanso semanal en domingo, en especial desde la perspectiva de aquellos trabajadores cuya fe religiosa determina que el día festivo es otro. El Tribunal Constitucional hizo dos relevantes afirmaciones: que si bien los derechos fundamentales son un elemento esencial del orden público y por tanto los contratos en contra de la efectividad de aquellos son nulos. No obstante, ello no autoriza a que una de las partes pueda exigir la modificación de una relación contractual preexistente y libremente establecida, pues ello provocaría un grave quebranto de la seguridad jurídica, art. 9.3 CE. Por otra parte, no halló tacha de inconstitucionalidad al prever como norma general el descanso en domingo y ello no sólo por su carácter tradicional, que relega a un segundo plano la connotación religiosa cristiana, sino también porque cabe pacto en contrario. El otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario. Además el descanso en domingo es una institución secular y laboral derivada de la tradición. El respeto pues a esta objeción de conciencia en el ámbito laboral viene confiada a la discrecionalidad del empresario.

- Sentencia TS 20 de enero de 1987, donde unas enfermeras manifestaron a la dirección del centro su deseo de no intervenir en abortos y fueron trasladadas a otra planta. Se interpuso recurso contencioso administrativo contra el cambio de servicio efectuado por el hospital de la seguridad social, invocando los artículos 14 y 16. El TS concluye que tal actitud implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento por lo que no cabe hablar de represalia y que no menos-

⁴⁵ Ver página web de la Asociación Catalana de Estudios Bioéticos: www.aceb.org y también la de la asociación para la defensa del derecho a la objeción de conciencia: www.andoc.es.

⁴⁶ El principio de libertad de empresa está declarado en el artículo 38 CE.

⁴⁷ Ugartemendia JI. *La desobediencia civil en el estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons; 1999, p. 229 *et seq.*

caba el artículo 16 de la CE. Se introdujo una limitación al derecho a la objeción de conciencia que es el del funcionamiento normal del servicio.

- Sentencia TSJ Zaragoza, de 18 de diciembre de 1991, sala de lo social. Se trata de un anestesista que invoca su objeción de conciencia al aborto y es trasladado de servicio. En el juzgado de lo social se consideró conforme a derecho el traslado sin embargo el TSJ revocó ese pronunciamiento. Las intervenciones abortivas constituían un ínfimo porcentaje del trabajo total del servicio por lo que dicho traslado suponía la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razones ideológicas o religiosas del anestesista objeto y ello aún en el supuesto de que dicha medida no conllevara cambio de categoría profesional ni disminución salarial. Manifestó el tribunal que había que evitar que al socaire de actuación formalmente ajustada al ordenamiento jurídico puedan filtrar procederes que vulneren los derechos fundamentales.
- El mismo juzgado, en sentencia de 23 de septiembre de 1992 llegó a una solución distinta en el caso del traslado de una médico anestesista.
- Otro supuesto es el caso del ginecólogo de Ibiza expedientado disciplinariamente por no haber practicado dos abortos ordenados por el director médico del hospital, en la que la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en sentencia de 9 de febrero de 1998 anuló la sanción disciplinaria, basándose en que la objeción de conciencia eximía de la práctica del aborto.

7.2. Procedimiento especial de tutela judicial en el ámbito laboral

La tutela frente a la violación de derechos fundamentales en el ámbito laboral está regulada en los artículos 176 y 181 de la LPL, es un proceso previo al recurso de amparo constitucional y cabe, entre otros, frente a todas aquellas que lesionen derechos fundamentales como la libertad ideológica, discriminación por razón de sexo, creencias, etc. y el derecho a la intimidad. Derechos que nos ocupan en este trabajo. En atención a la especial relevancia del bien jurídico a proteger, será siempre parte el ministerio fiscal, que si bien no puede iniciar el proceso,

su condición de parte le coloca en una posición que va mucho más allá de la de mero coadyuvante⁴⁸. Este procedimiento también se basa en la preferencia y sumariedad. En cuanto a la preferencia, cabe señalar que goza en el ámbito laboral de una preferencia absoluta respecto de todos los que se sigan en el juzgado. La sumariedad tiene como objetivo por un lado, en cuanto a la urgencia con la consiguiente reducción de plazos procesales y también la supresión de algunos actos trámites (como la conciliación previa); y por otro lado, el aspecto cualitativo, que este procedimiento sólo puede utilizarse cuando la pretensión tenga como único objeto recabar tutela judicial para el derecho fundamental presuntamente vulnerado. Carácter limitado de la cognición, salvo aquel en que se pretende la tutela del derecho fundamental violado y la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento lesivo. Si bien tradicionalmente ha existido cierta polémica, la jurisprudencia se ha inclinado por entender que no estaríamos ante una acumulación indebida de acciones sino ante una única pretensión pero con el límite de que una y otra estén indisolublemente unidas y no admitan tratamiento separado.

Especialidades del procedimiento:

1. La demanda debe contener una mención, además de los requisitos generales del artículo 80 LPL⁴⁹, sino también el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.
2. En trámite de admisión, el juez puede admitir la demanda, no admitirla o bien puede darle tramitación ordinaria.
3. Se puede pedir la suspensión de efectos del acto impugnado.
4. Si se constata la concurrencia de indicios de haberse producido la violación del derecho fundamental que se alega, se produce la inversión de la carga de la prueba.
5. En relación a la sentencia y sus efectos. Si es desestimatoria levantará la suspensión de la medida cautelar. Si es estimatoria deberá declarar:

- la nulidad radical de la conducta del demandado y la reposición de la situación al momento anterior de producirse el acto lesivo.
- Fijar cuantía indemnizatoria. La STS 17 de mayo de 2006 ha reconocido el derecho a reclamar de forma conjunta en la misma deman-

⁴⁸ Stcia TS 22/07/2004.

⁴⁹ Artículo 80 LPL (designación del órgano al que se dirige, datos identificativos del demandante, enumeración de los hechos en que se basa la demanda, etc.).

da la indemnización por la extinción del contrato y la derivada de los daños materiales y morales sufridos por el trabajador acosado. En el supuesto del despido declarado nulo por discriminación la LO 3/2007, de 22 de marzo, otorga la posibilidad de compatibilizar la pretensión de despido y la acción de reclamación de indemnización por los daños y perjuicios causados, modificando así el artículo 27.2 LPL.

8. Consideraciones finales

Debido a que la objeción de conciencia constituye un supuesto de desobediencia al derecho y a que nos encontramos, por una parte en un Estado de Derecho, en el que los ciudadanos están sujetos al cumplimiento de las normas que imponen deberes jurídicos; pero también, en un Estado Democrático, donde es esencial la libertad de las personas a tener diferentes ideologías y creencias y a manifestarlas, el cumplimiento o no de esos deberes puede suscitar conflictos. Ese conflicto, en la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, se produce entre dos esferas:

- El derecho a la libertad de conciencia del personal sanitario, que lleva aparejada la posibilidad de objetar a fin de no participar en una determinada actuación sanitaria.
- El derecho de los ciudadanos a recibir una prestación establecida legalmente.

En Derecho es frecuente ver la objeción de conciencia como una colisión de derechos. En Ética, es más adecuado entenderla como un conflicto de valores, sin prejuzgar si constituyen derechos o no, y en caso de que lo sean, de qué tipo. La obligación moral exige siempre respetar lo más que se pueda ambos valores en conflicto y/o lesionarlos lo menos posible.

El espíritu con el que he elaborado el presente estudio, ha sido en mayor medida bajo la dimensión del Derecho, dada mi formación eminentemente jurídica, aunque no he querido abandonar totalmente esa dimensión ética. Se ha realizado una breve reflexión sobre la fundamentación ética de la objeción de conciencia y en mayor medida, también sobre su fundamentación jurídica y se ha reflejado el distinto tratamiento que la doctrina del Tribunal Constitucional ha dado a los diversos ámbitos en que se ha planteado la objeción de conciencia y que además, éstos se han ido matizando con el tiempo.

Es el supuesto del aborto, el único que excepcionalmente ha admitido el Tribunal Constitucional, para ejercer expresamente la objeción de conciencia sin necesidad de regulación previa, a raíz de la sentencia 53/1985, matizada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009. Aunque para muchos autores, esta sentencia sobre objeción de conciencia consagra una excepción sólo válida para el caso del aborto y la norma general después de las sentencias del TC 160 y 161 de 1987, es la de exigir un desarrollo normativo de este derecho para que pueda invocarse por los ciudadanos y no aceptar su aplicación directa a partir del texto constitucional. No puedo estar de acuerdo con esta doctrina pues entiendo que está excesivamente subordinada al supuesto de objeción al servicio militar y a los problemas que ésta plantea para ser tomada como referencia principal en la construcción de una teoría general sobre la libertad de conciencia.

Además, resulta discutible considerar exclusivamente la aplicación directa de la constitución sólo en el caso del aborto pues existen otros conflictos en la actividad sanitaria que cuentan con la misma intensidad y problemática del aborto como la píldora postcoital, utilización de células embrionarias, investigación con embriones, reducción embrionaria, tratamientos paliativos, instrucciones previas, etc.

Estoy más de acuerdo con la teoría de Marina Gascón, autora que entiende que el artículo 16 sí comprende un derecho general a la objeción de conciencia, lo cual no supone que deba tolerarse la violación de cualquier deber jurídico, sino tan solo sostener una justificación *prima facie*, dependiendo de una evaluación final, y que tal derecho está limitado, como mínimo por los mismos límites que se establecen para el resto de los derechos y libertades protegidos por el ordenamiento. Para defender este derecho es necesario defender una concepción de los derechos fundamentales en la que la libertad, sea la regla básica del sistema, y las obligaciones y deberes jurídicos, la excepción a la misma. Cuando exista una obligación opuesta al ejercicio de la libertad de conciencia se entenderá que existe un problema de límites al ejercicio de los derechos fundamentales, un problema de colisión o conflicto entre el derecho individual y los valores protegidos por la obligación jurídica desobedecida. La existencia de este derecho general no excluye que en ocasiones tal derecho deba ceder ante otros derechos. Una cosa es la legitimidad constitucional del derecho y otra la legitimidad de su ejercicio en un caso concreto.

No obstante lo anterior y por razones tanto de seguridad jurídica, como organizativas, deviene necesario el desarrollo normativo de la objeción de

conciencia de los profesionales sanitarios, a pesar de que, en materia de derechos fundamentales, la Constitución resulta directamente aplicable, pues entiendo que no basta con el reconocimiento de ese derecho sino que requiere también garantizar su ejercicio efectivo, pues en la actualidad, tan sólo existe mención en los códigos deontológicos de las distintas profesiones sanitarias, en la nueva ley orgánica de salud sexual y reproductiva y en algunas regulaciones autonómicas. Sentado lo anterior, esa regulación debería concretar los sujetos que pueden objetar, el procedimiento para declarar la condición de objetor, los límites del ejercicio de este derecho y las medidas posibles para garantizar un buen funcionamiento de los servicios, con mayor nivel de exigencia en las instituciones sanitarias públicas o financiadas parcialmente con fondos públicos, para no vulnerar los derechos de los ciudadanos a las prestaciones legalmente reconocidas.

En cuanto al rango legal de la norma que desarrolle el contenido esencial de la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica contenida en el artículo 16 CE, debiera efectuarse mediante ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 CE.

Reseñar el hecho de que el ejercicio de la objeción de conciencia es una posibilidad a la que sólo pueden acogerse las personas individualmente, no las instituciones ni los colectivos (si bien existen centros privados que sí la manifiestan institucionalmente).

Por último, se ha analizado el ejercicio de la objeción de conciencia dentro del ámbito de la empresa y se ha reseñado que, a pesar de que este derecho subsiste, que no puede ser objeto de discriminación aquel que alega motivos de conciencia para no realizar determinadas actuaciones que le han sido encomendadas y además se ha mencionado el procedimiento especial de tutela que existe en la jurisdicción laboral, sin embargo, este derecho puede verse afectado por ciertas limitaciones, pues debe ser ponderado con los poderes de dirección y con la necesidad de éstos de organizar la actividad sanitaria al objeto de dar cumplimiento a las prestaciones a las que los ciudadanos tienen derecho.

9. Bibliografía

- Beltrán JL. *El ejercicio de la objeción de conciencia por los farmacéuticos*. Pamplona: Aranzadi; 2009.
- Beltrán JL. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. *Derecho y Salud*. 2005; volumen nº13: 63-72.
- Beltrán JL. Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria. *Derecho y Salud*. 2008; volumen nº 16: 3-28.
- Cámara Villar G. *La objeción de conciencia al servicio militar*. Madrid: Civitas; 1991.
- Cebriá M. *Objeción de conciencia a intervenciones médicas*. Madrid: Aranzadi; 2005.
- Díez-Picazo LM. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas; 2003.
- Escobar Roca G. *La objeción de conciencia en la constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993.
- Etxeberria X. (dir). *Enfoques de la desobediencia civil*. Bilbao: Aula de Ética. Universidad de Deusto; 2001. Capítulo I naturaleza y justificación de la desobediencia civil. García Marzá D.
- Capítulo III. Tratamiento jurídico de la desobediencia civil. Rafael Sainz de Rozas.
- Gascón M. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1990.
- Gascón M, De Lora P. *Bioética: principios, desafíos y debates*. Madrid: Alianza Editorial; 2008.
- Instituto Borja de Bioética. Consideraciones sobre el embrión humano. *Bioética & debat*. Monográfico 2009; Volumen 15, nº 57.
- Maceiras PM. *La objeción de conciencia en relación con tratamientos e intervenciones médicas*. Pamplona: Aranzadi; 2008.
- Madrid Conesa F. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia; 1984.
- Martínez Urionabarretxea K. Medicina y objeción de conciencia. *Anales del sistema sanitario de Navarra*. 2007; volumen 30, nº 2:215-223.
- Martínez Rocamora LG. *La objeción laboral de conciencia en materia de aborto*. Pamplona: Publicación Aranzadi Social vol I; 1998.
- Monés J, Torras N, Craven-Bartle J, Sánchez JM. Objeció de consciència en medicina. Comisión de Deontología del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona. *Anuario de Medicina*. 2005; Vol 88, nº 4.
- Murillo De la Cueva PL. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos; 1990.
- Murillo PL, Carmona E (coord). *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch; 2008. Capítulo III El proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales. Roldán Martínez AF, y Juan Manuel Herreros López JM.
- Navarro-Valls R, Martínez-Torrón J. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid: McGraw-Hill; 1997.
- Ferreres Comella V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997.
- Prieto L. Desobediencia civil y objeción de conciencia. *Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*. 2007; 89, pp. 11-42.

- Rebollo L. *Derechos fundamentales y protección de datos*. Madrid: Dykinson; 2004.
- Romeo Casabona CM, Urruela Mora A. La objeción de conciencia en la praxis médica. *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*. 1996; 1, pp. 63-106.
- Sánchez -Caro J, Abellán F. Derecho del médico en la relación clínica. *Colección de bioética y derecho sanitario*. Madrid: Comares; 2006.
- Sánchez -Caro J, Abellán F. *Enfermería y Paciente. Cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*. Granada: Editorial Comares; 2007.
- Sánchez -Caro J, Abellán F. *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos*. Granada: Fundación Salud 2000 y Comares; 2001.
- Seoane JA. *El perimetro de la objeción de conciencia médica*. Barcelona: Indret; 2009.
- Servicio Madrileño de Salud. *Manual de casos prácticos del área de bioética y derecho sanitario*. Madrid: Comunidad de Madrid; 2009.
- Seira Mucientes S. *La objeción de conciencia sanitaria desde la perspectiva constitucional*. VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina, 2000. pp 291-299.
- Ugartemendia JI. *La desobediencia civil en el estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons; 1999.

Webgrafía

- Asociación catalana de estudios bioéticos [internet]. Sobre la objeción de conciencia. Barcelona; 2005 [acceso 22.02.2010]. Disponible en: <http://www.aceb.org>.
- Asociación para la defensa del derecho a la objeción de conciencia [internet]. Modelos de objeción de conciencia [acceso 1 de diciembre de 2009]. Disponible en: <http://www.andoc.es>.
- Herrera J. A propósito del aborto y la objeción de conciencia [internet]. Nicaragua; 2009 [acceso 21 de noviembre de 2009]. Disponible en: <http://www.bioetica-debat.org/article.php?storyid=299>.
- Observatorio de Bioética y Derecho [internet]. Barcelona: Parque Científico de Barcelona; 2007 [acceso 1 de diciembre de 2009]. Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho. Documento sobre la objeción de conciencia en sanidad. Disponible en: http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Objecion_de_conciencia.pdf
- Organización Médica Colegial de España [internet]. Madrid: Consejo General de Colegios de Médicos; 2009 [acceso 1 de diciembre de 2009]. Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado. Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la objeción de conciencia. Disponible en: http://www.cgcom.org/sites/default/files/Declaración%20objeción%20de%20conciencia_6.pdf
- Simón Vázquez C [internet]. Congreso internacional multidisciplinar «Mujer y realidad del aborto». Cáceres; 2007 [acceso 10 de enero de 2010]. La objeción de conciencia en la práctica médica. Disponible en: <http://www.mujieryaborto.com/archivospdf/objeciondeconciencia.pdf>.

Jurisprudencia

- STC n.º 15/1982, de 23 de abril. Sala 1ª, Boletín Oficial del Estado 118/1982, de 18 de mayo de 1982. Recurso 205/1981.
- STC n.º 76/1983, de 5 de agosto. Pleno, Boletín Oficial del Estado 197/1983, de 18 de agosto de 1983. Recurso 311/1982.
- STC n.º 19/1985, de 13 de febrero. Sala 2ª. Boletín Oficial del Estado 55/1985, de 5 de marzo de 1985. Recurso 98/1984.
- STC n.º 53/1985, de 11 de abril. Pleno. Boletín Oficial del Estado nº 119/1985, de 18 de mayo de 1985. Recurso 800/1983.
- STC n.º 67/1985, de 24 de mayo. Pleno. Boletín Oficial del Estado nº 153/1985, de 27 de junio de 1985. Recurso 364/1983.
- STS, 20 de enero de 1987. Sala 3ª.
- STC n.º 160/1987, de 27 de octubre. Pleno. Boletín Oficial del Estado 271/1987, de 12 de noviembre de 1987. Recurso 263/1985.
- STC n.º 161/1987, de 27 de octubre. Pleno. Boletín Oficial del Estado 271/1987, de 12 de noviembre de 1987. Recurso 34/1986.
- Sentencia Audiencia Territorial de Oviedo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de junio de 1988.
- STSJ Zaragoza, de 18 de diciembre de 1991, sala de lo social.
- STC 101/1991, de 13 de mayo. Pleno. Boletín Oficial del Estado nº 145/1991, de 18 de junio de 1991. Recurso 993/1985.
- STSJ Zaragoza, de 23 de septiembre de 1992
- STC n.º 106/1996, de 12 de junio. Sala 1ª. Boletín Oficial del Estado n.º 168/1996, de 12 de julio de 1996. Recurso de amparo nº 3507/1993.
- STS de 23 de enero de 1998. Sala 3ª. Recurso 250/1993.
- SAN de 9 de febrero de 1998, Sala 3ª. Recurso 1359/1997.
- STSJ de Baleares de 13 de febrero de 1998, Sala de lo Social.
- STC n.º 116/99, de 17 de junio. Pleno. Boletín Oficial del Estado nº 162/1999, de 8 de julio de 1999. Recurso 376/1989.
- STSJ de Andalucía, de fecha 30 de julio de 2002.
- STS de 23 de abril de 2005. Sala 3ª. Recurso 6154/2002.
- STS de 17 de mayo de 2006. Sala 4ª. Recurso 4372/2004.

- STS de 11 de febrero de 2009. Sala 3.^a. Recurso 948/2008.
- STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3^a, Sección 8.^a. Recurso 69/2007.

10. Abreviaturas

- **CE:** Constitución Española.
- **DGP:** Diagnóstico Genético Preimplantacional.
- **FIV:** Fecundación in vitro.

- **FJ:** Fundamento Jurídico.
- **ICSI:** Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.
- **LO:** Ley Orgánica.
- **SAN:** Sentencia de la Audiencia Nacional.
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- **TC:** Tribunal Constitucional.
- **TS:** Tribunal Supremo.
- **TSJ:** Tribunal Superior de Justicia.

Variabilidad de la práctica médica y seguridad clínica

*Rosana Gabriela Ávila
Velázquez*

1. Introducción
 - 1.1. Centro Coordinador de Urgencias Médicas (CCUM)
2. Objetivos
 - 2.1. Generales
 - 2.2. Específicos
3. Justificación
 - 3.1. Variabilidad.
 - 3.2. La problemática de la seguridad de los pacientes.
 - 3.3. Calidad.
4. Diseño y método
 - 4.1. Diseño
 - 4.2. Metodología
 - 4.2.1. Ámbito de estudio.
 - 4.2.2. Sujetos en estudio.
 - 4.2.3. Criterios de inclusión.
 - 4.2.4. Criterios de exclusión.
 - 4.2.5. Instrumentos.
 - 4.2.6. Plan de trabajo.
 - 4.3. Criterios de gravedad
 - 4.4. Criterios de riesgo
 - 4.5. Normas de calidad extrahospitalaria
 - 4.6. Evaluación y manejo inicial del politraumatizado
 - I. Permeabilidad de la vía aérea
 - II. Inmovilización cervical
 - III. Respiración
 - IV. Circulación
 - V. Valoración neurológica
 - VI. Exposición
 - VII. Valoración secundaria
 - VIII. Identificar elementos de riesgo
 - 4.7. Indicadores
5. Discusión
6. Conclusiones
7. Bibliografía
8. Anexos
 - Anexo I. Trauma score revisado
 - Anexo II. Escala coma Glasgow
 - Anexo III. Mecanismo del trauma
 - Anexo IV. Hoja de seguimiento de proceso asistencial

1. Introducción

La demanda telefónica de atención médica urgente, es un modo de acceso a los servicios de urgencias y emergencias médicas extra hospitalarias, constituyendo una parte fundamental del sistema sanitario. Este servicio es ofrecido a través de un Centro de Coordinación Médica mediante el funcionamiento de una cadena asistencial que se inicia con la detección del evento y concluye con su posible solución.

La Ley de la Seguridad Social de 1974 establece el derecho a una atención urgente para los ciudadanos, comprometiendo al médico a proveer una asistencia de acuerdo a las posibilidades médicas y los medios con los que cuenta.

En 1988 se elabora el Plan de Atención de Urgencias del INSALUD como Servicio-061, creándose el CCUM (Central de Coordinación de Urgencias Médicas) cuya función será recibir, procesar y asignar la respuesta sanitaria más adecuada a cada llamada, garantizando un acceso equitativo a todos los ciudadanos, las 24 hs del día los 365 días del año.

El desempeño médico será priorizar la valoración de la urgencia para dar la respuesta más idónea y gestionar el recurso asistencial más adecuado. En 1991, la Comunidad Económica Europea (CEE) en un Consejo de Gobierno, propone un modelo de coordinación de urgencias extra hospitalarias implantando el 112 como número universal, aunque su adhesión ha sido muy desigual en los países miembros de la CEE.

El procedimiento de la demanda telefónica comienza con la llamada del ciudadano al CCUM o 112, y tras clasificar el evento un teleoperador, transfiere al médico coordinador quien dará respuesta movilizando el recurso más adecuado (unidad de atención domiciliaria, ambulancia de soporte vital básico o avanzado) y en algunos casos, mientras llega el recurso al lugar, dará instrucciones sobre las primeras medidas a tomar en situaciones de riesgo vital (maniobras de soporte vital básico, posición lateral de seguridad, maniobra de Heimlich). En otras situaciones, el médico coordinador resuelve sin enviar recurso, mediante consejo médico o derivación a otros niveles de asistencia (atención primaria u hospital según corresponda) en enfermedades no urgentes o demorables.

En todos los eslabones de la cadena asistencial, se pueden producir potenciales errores, ya sea en los recursos humanos, informáticos, o inherentes al sistema de salud. (Figura 1).

FIGURA 1



En este trabajo se evaluará la práctica clínica como fuente de variabilidad en la atención sanitaria; teniendo en cuenta que los mecanismos que rigen la toma de decisiones no son exactos y que están sometidos a un importante grado de incertidumbre^{1,2}, determinando que muchas decisiones parezcan arbitrarias, sin una explicación obvia, a pesar de ser correctas.

En el escaso tiempo que se dispone en la atención prehospitalaria, se debe tomar la decisión más acertada y rápida sobre probable diagnóstico y tratamiento inmediato en el caso de riesgo vital, ya que el objetivo es priorizar la severidad clínica de los pacientes a fin de poder optimizar el empleo de recursos⁷. Cada decisión así asumida podrá ir seguida de beneficios, efectos adversos y costes de intervención diferentes, especialmente en las situaciones de «baja probabilidad pero alta mortalidad»⁸.

En base a la interacción de los principales componentes del sistema sanitario: el paciente, el profesional, la presión del medio en el que se encuentra y de los recursos disponibles en la oferta y las características de la demanda, es que la actividad de los médicos manifestará una gran variabilidad frente a hechos similares, dependiendo de la distinta capacidad para aplicar sus conocimientos y la experiencia acumulada.

La valoración inicial sobre la severidad del traumatismo resulta difícil y sólo la utilización de cuestio-

narios dirigidos a identificar el número de lesionados, la severidad de las lesiones (sangrado intenso, pérdida de la conciencia, falta de respiración, etc.) y los mecanismos lesionales de alto riesgo, pueden orientar la selección del recurso asistencial adecuado en el menor tiempo posible. Es también imprescindible, disponer de criterios que permitan al equipo asistencial extrahospitalario estratificar el riesgo de muerte y/o de secuelas gravemente invalidantes, para identificar que pacientes, aunque parezcan leves, pueden beneficiarse de traslado al hospital adecuado.

El centro hospitalario útil, es otra decisión importante que debe estar sometida a protocolos previamente establecidos. Para esto, es requisito la categorización de hospitales según su capacidad de atención al trauma grave, tema que no se abordará en esta obra.

A pesar que los profesionales conocen los procedimientos que deben aplicar, en algunas ocasiones la incertidumbre puede provocar una sobreutilización o subprovisión de los recursos disponibles, en todo caso, inadecuado a la necesidad real.

Por ello, es importante adoptar indicadores de calidad que permitan una detallada evaluación de la asistencia ofrecida.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general

De este trabajo es aportar información útil respecto de la seguridad, efectividad y eficacia de la actividad del Servicio de Emergencias Extrahospitalaria del 061 de la Comunidad Autónoma Balear.

2.2. Objetivos específicos

1º Fase:

1. Definir los indicadores más adecuados para evaluar la calidad de la asistencia médica ofrecida a los pacientes con politrauma.

2º Fase:

1. Determinar la frecuencia de Eventos Adversos.
2. Describir las causas inmediatas del evento adverso.
3. Establecer los eventos adversos que podrían haberse evitado.
4. Aplicar medidas correctoras en los procesos considerados como insatisfactorios pero con oportunidades de mejora.

3º Fase:

1. Monitorizar los resultados obtenidos con la estrategia utilizada para mejorar la calidad.

3. Justificación

En las fuentes de variabilidad hay que tener presente las características de los pacientes, del sistema sanitario, estado de salud de la población, características de los médicos, tipo de formación y estilos de práctica clínica.

Aunque estas causas justifican la existencia de variabilidad, no la explican en su totalidad. Frente a esta situación sí es posible aplicar una estrategia de reducción de la incertidumbre y un mayor control de los mecanismos de toma de decisiones, a través de la práctica de la medicina basada en la evidencia que es la utilización consciente, explícita y juiciosa de la mejor evidencia científica disponible para tomar decisiones³.

Actualmente sólo hay disponible un número limitado de indicadores comparables internacionalmente, sobre los que exista consenso en cuanto a la importancia y validez para proporcionar información sobre la calidad de la atención prestada.

En el caso de los pacientes que han padecido un politraumatismo, al ser un complejo cuadro clínico puede predisponer que lesiones no sean diagnosticadas o que se haga en forma tardía. Varios estudios demuestran tasas de lesiones no diagnosticadas de alto nivel de severidad en el 15% de los casos^{9, 10, 11}.

Hay una tendencia, de asociar las lesiones traumáticas no diagnosticadas a las características del paciente, cuando en realidad corresponden a fallos en los procesos asistenciales, como la evaluación incorrecta (inadecuada importancia a signos y síntomas menores, exploraciones omitidas), errores técnicos (procedimientos inadecuados, fallos en la exploración quirúrgica) y otros relacionados con pruebas de diagnóstico por imagen (mala interpretación o pruebas diagnósticas no realizadas), esto una vez que el paciente se encuentra en el medio hospitalario.

Se considera que aproximadamente el 50% de los traumatismos infravalorados son atribuibles a errores en la evaluación de los pacientes.

Los elementos que pueden contribuir a la inadecuada valoración de los pacientes son, la falta de formación e inexperience, valoraciones parciales sin cumplimentar las secuencias establecidas por protocolos, elementos distractores como el medio y presión familiar.

Si la primera asistencia es adecuada, si somos capaces de EVALUAR a los accidentados siguiendo pautas correctas y sistematizadas, disminuirá la *infravaloración del traumatismo* y podremos contribuir a disminuir la incidencia de las muertes prevenibles.

Es necesario considerar que el diagnóstico y el tratamiento es un proceso continuo y dinámico, que no suele realizarse en las primeras horas, pero sí se pueden detectar signos que hacen sospechar su gravedad.

La problemática de la seguridad de los pacientes.

Los IOM (Institutes of Medicine) en su informe *To err is human: Building a Safer Health Care System* cuantificaron en los años noventa las muertes hospitalarias atribuibles a errores médicos prevenibles entre «al menos, 44.000 y quizás 98.000 personas en Estados Unidos».

- Muerte en vuelos domésticos²⁴: 1/ 8,000,000 vuelos.
- Eventos adversos en hospitales: 1/27-34 ingresos.
- Muerte en hospitales por errores asistenciales: 1/343-764 ingresos.

44,000-98,000 muertes anuales (IOM)

En España²¹, los primeros resultados del estudio IDEA ofrecieron resultados reseñables. La incidencia de alertas de seguridad osciló entre el 31% y el 34,7% de las hospitalizaciones mientras que la incidencia de efectos adversos osciló entre el 5,6% y el 16,1%.

Entre el 17% y 42,1% de los efectos adversos encontrados fueron considerados evitables, independientemente de la gravedad de sus consecuencias.

Por otra parte, los resultados del estudio ENEAS²², que aporta información sobre 5624 altas hospitalarias, encuentran una incidencia de sucesos adversos atribuibles a los cuidados del 9,3% (IC95% 8,6% a 10,1%).

En el último año y medio, en una sola base de datos (MEDLINE) se publicaron 188 artículos sobre Error en Medicina, tanto de médicos, cirujanos, enfermeras u hospitales. La distribución por países fue la siguiente:

- 113 (60,11%) Estados Unidos.
- 20 (10,64%) Reino Unido.
- 7 (3,72%) Canadá.
- 5 (2,66%) Irlanda.
- 4 (2,13%) España.

Estas cifras, sólo hablan de los efectos adversos y errores que constan o se deducen de los datos regis-

trados en la Historia Clínica. No son sólo errores médicos, atribuidos a la impericia o error de diagnóstico, son también errores de dispensación y administración de medicamentos, errores de adhesión a los tratamientos prescritos, suicidios no prevenidos, etc.

Todavía existe una resistencia cultural a no ver el problema y su magnitud.

Una primera respuesta es la negación del problema, aunque hay ejemplos que demuestran que cuando se identifica el evento y se decide enfocarlo con estudios sistemáticos de mejora de la seguridad, la monitorización sistemática y la convergencia de otro tipo de mejoras, estos temas se corrigen o por lo menos se encauzan, como es el caso del Reino Unido o Australia, respecto de la anestesia (mortalidad en los años 80, 1 muerto cada 10,000 anestесias, en el año 2000 había disminuido a 1 muerto cada 300,000 anestесias).

Prevenir los errores y mejorar la seguridad de los pacientes requiere modificar las condiciones que contribuyen al error.

Un nuevo modelo de prevención debería desarrollar un sistema de informes voluntarios de errores y accidentes, sin que por este motivo alguien pueda ser inculcado ni moral ni formalmente.

Hablar de error en medicina es reconocer su existencia y es condición para entender y abordar la seguridad en los procesos de atención médica.

La seguridad es entendida como los procesos destinados a la prevención, la mitigación y la corrección de las consecuencias de los errores que ocurren en el propio proceso de atención, es un aspecto prioritario en la organización y funcionamiento de todo sistema de salud y tiene implicancias directas en la calidad de la atención y en los resultados de las intervenciones médicas.

«La medicina solía ser simple, inefectiva y relativamente segura. Ahora es compleja, efectiva y potencialmente dañina.»

Entonces ¿cómo podemos iniciar una gestión de calidad para disminuir las consecuencias de la variabilidad en la práctica médica? Intentaremos dar respuesta a este interrogante abordando el concepto de calidad asistencial.

Se entiende como calidad asistencial según la Joint Commission¹² como «la medida en que los servicios sanitarios, tanto los enfocados a los individuos como a los colectivos, mejoran la probabilidad de unos resultados de salud favorables y son pertinentes al conocimiento profesional.»

Los métodos que la impulsan deben ser tan rutinarios para los médicos como hacer una historia clínica, explorar un enfermo o interpretar estudios complementarios; con esta perspectiva el control de

calidad es sólo una herramienta para ayudar a «hacer bien las cosas correctas».

Los rasgos¹³ que expresan una práctica profesional de calidad son los siguientes:

1. Conocimientos científicos y tecnológicos disponibles ajustados al estado del arte.
2. Mínimos riesgos para el paciente, de lesión o enfermedad, asociados al ejercicio clínico.
3. Uso racional de los recursos, es decir, que no sean fútiles ni exagerados, sino eficientes, eficaces y efectivos. (Tabla 1)
4. Satisfacción de los usuarios (pacientes y allegados) con los servicios recibidos, con los profesionales y con los resultados de la atención sanitaria.

Estos componentes son los que deben quedar incluidos y medirse, total o parcialmente, en cualquier plan de mejora de calidad asistencial.

TABLA 1.
Definiciones

1	Eficacia: efecto beneficioso producido por la intervención terapéutica en condiciones ideales.
2	Efectividad: grado de consecución de un objetivo en condiciones reales.
3	Eficiencia: conjunto de beneficios obtenidos con la intervención en relación al dinero, a los recursos o al tiempo asignado. 5139

Existen múltiples razones, individuales e institucionales, que obligan a la búsqueda del trabajo con calidad. El médico tiene que utilizar los tres principios básicos que constituyen la regla de oro de la ética médica¹⁴:

1. **Principio de la máxima capacidad técnica:** el médico tiene que conocer bien los contenidos de su profesión y tener permanentemente actualizada su competencia profesional.
2. **Principio de la obra bien hecha:** consiste en realizar lo mejor posible lo que técnicamente hay que hacer.
3. **Principio de la autenticidad del bien:** se trata de procurar tanto el *bien natural*, es decir, el logro de la salud, como el *bien personal*, en concordancia con sus creencias y valores.

Las acciones¹⁵ necesarias para la mejora de calidad asistencial se pueden agrupar en:

1. **Conocer, registrar y medir** lo que se hace, es el

control de calidad propiamente dicho, saber la actividad que desarrolla el servicio y cuantificarla.

2. **Comparar, evaluar y corregir,** los datos se contrastan de forma lineal con los históricos propios o bien de manera paralela con los de otros hospitales de igual nivel o con estándares publicados; si se verifican carencias o deficiencias en la atención hay que instaurar medidas correctoras. El conjunto de intervenciones dirigidas a la mejora de aspectos concretos, constituye la «política de calidad».

Para evaluar la actividad asistencial se utilizan *criterios* y *estándares*; y para su control, *indicadores* clínicos.

Los *criterios* son aquellos elementos que permiten elaborar un juicio beneficioso acerca de la asistencia, por ejemplo: el control del tiempo en la asistencia extrahospitalaria.

El *estándar* es un requisito que se considera esencial para ofrecer una buena asistencia, el punto que delimita la calidad aceptable de la inadmisibles, por ejemplo: todo paciente asistido debe tener una historia clínica completa.

Un *indicador* es una medida cuantitativa de la actividad, que alerta sobre los aspectos de la asistencia que deben ser revisados, ya sean de sucesos «centinela» (por ejemplo: incidencia de la falta de protección de la vía aérea) o basado en un índice (por ejemplo: porcentaje de pacientes que requieren ventilación mecánica).

Este diseño teórico debe generar un Plan General de Calidad Asistencial que se desglosa en dos ramas fundamentales.

1. Calidad científico-técnica u objetiva.
2. Calidad de los cuidados humanos o percibidos.

FIGURA 2



La calidad científico-técnica consta de dos programas, uno Básico y otro Específico.

El *Programa Básico* está orientado a identificar desviaciones de la normalidad o de los estándares admitidos, para lo que se sigue la clásica metodología preconizada por Donabedian¹⁶ de análisis de: a) la *estructura*, que engloba todos los atributos con los que se da la asistencia, tanto humanos, materiales como organizativos. b) el *proceso* de trabajo, que comprende todo lo que los médicos y demás personal sanitario hacen con los pacientes y la habilidad con que lo realizan, y c) el *resultado* obtenido, que concierne a lo que beneficia a los enfermos y que puede ser atribuido a la asistencia recibida.

Los *Programas Específicos* están dirigidos a detectar y resolver los problemas concretos de calidad que se evidencian por el programa básico, por conflictos internos o con otras unidades y en reuniones o grupos de trabajo del servicio.

La calidad humana se aborda a través del *Programa de Humanización* que está destinado a lograr que las *necesidades* de los enfermos se satisfagan correctamente, esto es extensible a los familiares y allegados, que son el soporte afectivo y social del paciente.

La asistencia médica es «la aportación de alojamiento, bienestar y tratamiento considerado a un individuo, además de la responsabilidad por la seguridad». El *bienestar* de los enfermos es una cualidad intrínseca de la asistencia que está relacionado con: a) consecución de sus necesidades elementales, b) respeto a sus derechos humanos, y c) cumplimiento de sus expectativas de atención. No se concibe calidad sin satisfacción de los usuarios, ya que son dos conceptos íntimamente relacionados. De hecho constituye el cuarto componente de la calidad asistencial.

De la aplicación del plan deben surgir los objetivos y las normas o recomendaciones de la calidad del servicio.

4. Diseño y metodología

4.1. Diseño

Estudio descriptivo de la incidencia asociada a los indicadores de seguridad del paciente a nivel extrahospitalario. Adicionalmente el estudio tendrá un análisis para determinar los factores asociados a la aparición de sucesos adversos.

- 6116 Accidentes de Tráfico.
- 1942 (31%) CIE.
- 1200 (62%) UME.

4.2. Metodología

4.2.1. Ambito de estudio

Áreas de atención extrahospitalaria del SAMU- 061 en la Comunidad Autónoma Balear.

4.2.2. Sujetos en estudio

Pacientes politraumatizados atendidos por las Unidades de Soporte Vital Avanzado del SAMU- 061.

4.2.3. Criterios de inclusión

Pacientes politraumatizados, asistidos por UMEs del 061, cuyo mecanismo de lesión sea un accidente de tráfico.

4.2.4. Criterios de exclusión

Politraumas de etiología distinta al accidente de Tráfico.

Politraumas asistidos por recursos distintos a UMEs del 061.

Fallecidos en el lugar del accidente.

4.2.5. Instrumentos

Guía de cribado a través de los scores de gravedad y protocolos de actuación de las patologías prevalentes, formularios utilizados para este tipo de estudio, fichas clínicas de los pacientes. Los formularios utilizados se adjuntan en el presente informe.

4.2.6. Plan de trabajo

Revisión de las fichas asistenciales con los instrumentos descritos durante el período 4 de mayo 2008 (implementación del nuevo sistema informático SÉNECA a la Central de Coordinación Médica) al 30 octubre de 2009.

En la atención al politraumatizado se debe establecer una primera estratificación de riesgo, basada en criterios de gravedad tanto fisiológicos como anatómicos, iniciando medidas diagnósticas y terapéuticas en el menor tiempo posible, de forma priorizada y sistemática; posteriormente iniciar el traslado al centro sanitario más adecuado para la patología

que presenta el paciente, previniendo nuevas lesiones (con la movilización correcta del paciente, inmovilización cervical precoz) como lesiones secundarias³⁰ (evitables con el adecuado manejo, evitar la hipotensión, la hipoxemia, la hipotermia). Garantizando la continuidad asistencial, en el transporte idóneo (terrestre o aéreo), con el personal adecuado y correcta transferencia del paciente, así como de la documentación clínica.

4.3. Criterios de Gravedad

Fisiológicos

1. Trauma Score Revisado (TSR) < ó = 11.
2. Escala de coma de Glasgow²⁸ (ECG) < 14.

Anatómicos

1. Lesiones penetrantes en cabeza, cuello, tronco y parte proximal de los miembros.
2. Tórax inestable.
3. Amputación traumática proximal a muñeca y tobillos.
4. Dos o más fracturas en húmero y fémur.
5. Fractura de cráneo (abiertas o deprimidas).
6. Fractura con sospecha de afectación vascular.
7. Fractura de pelvis.
8. Parálisis o parestesia de miembros.
9. Quemadura de más del 10% de la superficie corporal, lesiones por inhalación o inmersión combinadas con el traumatismo.

4.4. Criterios de riesgo

Basados en el mecanismo lesional

1. Precipitación de más de 3 metros de altura.
2. Accidente de automóvil:
 - a) Cuando exista algún fallecido.
 - b) Cuando sea despedido del vehículo.
 - c) Cuando la extricación es mayor de 20 minutos.
 - d) Accidente de alta velocidad (mayor de 45 km/h).
 - e) Deformación del vehículo de más de 50 cm en impactos frontales y de más de 30 cm en laterales.
 - f) Accidente con vuelco.
3. Atropello de peatón o ciclista con lanzamiento o derribo.

4. Accidente de motocicleta si sale despedido o a velocidad mayor de 32 km/h.
5. Exposición a onda expansiva.

Por edad y comorbilidad

1. Mayor de 55 años y menor de 5 años.
2. Comorbilidad grave:
 - a) Enfermedad cardiorrespiratoria.
 - b) Embarazo.
 - c) Diabetes Mellitus, cirrosis u obesidad mórbida.
 - d) Inmunosupresión.
 - e) Discrasias sanguíneas o anticoagulación.

4.5. Normas de calidad extrahospitalaria

1. *Pre evaluar la gravedad* para determinar el recurso más adecuado.
2. Minimizar los *riesgos potenciales* derivados del accidente, si se inicia la atención en el lugar del accidente: aparcamiento correcto de la ambulancia, forma de aproximación al lugar de los hechos, perímetro de seguridad.
3. Disponer de *protocolos de actuación* inicial «in situ».
4. *Collarín cervical rígido*: ante sospecha de traumatismo cervical, accidente a alta velocidad, precipitados, accidente de motocicleta, lesión supraclavicular evidente.
5. *No movilizar si no está estable*: en la camilla se pondrá en dirección de la marcha, si TCE o traumatismo torácico se elevará la cabecera a 30°, las embarazadas se trasladan en decúbito lateral izquierdo.
6. Pensar siempre en *lesiones abdominales ocultas* si hay hipotensión.
7. *Exploración neurológica*: Glasgow y reactividad pupilar, si el SCG < 8 se procederá a IOT y VM. Actitud terapéutica urgente.

4.6. Evaluación y manejo inicial del politraumatizado

I Permeabilidad de la vía aérea e inmovilización cervical

- **Responde**: está consciente con vía aérea permeable. **Actuación**: inmovilización manual eje cabeza-cuello; colocar collarín cervical.
- **No responde**:

- a) elevación mandibular, inspección y limpieza de la cavidad bucal.
- b) se comprueba si respira.
- c) se coloca cánula faríngea (oro o nasofaríngea).

II Inmovilización manual y collarín cervical

- **Si respira:** administrar oxígeno.
- **Si no respira:** ventilación asistida con bolsa reservorio y oxígeno a alto flujo (15 l/min), luego intubación orotraqueal (IOT) ó vía aérea quirúrgica.

Fundamental: vía aérea permeable.

III Respiración

- a) Inspección-Palpación-Percusión-Auscultación.
- b) Buscar lesiones específicas:
 - Neumotórax a tensión.
 - Neumotórax abierto.
 - Hemotórax masivo.
 - Tórax inestable o volet costal.

Antes de continuar descartar las lesiones. Previas.

IV Circulación

- a) **Valorar estado hemodinámico:** conciencia, perfusión periférica, pulso; control de hemorragia externa con compresión directa.
- b) **Evitar el uso de torniquetes:** elevar miembro y ante la persistencia del sangrado manguito de presión.
- c) **Canalizar dos vías periféricas de gran calibre:**
 - **Con hipotensión:** 2000 ml cristaloides; control TA y repetir si es necesario.
 - **Con Shock refractario:** valorar Taponamiento cardíaco o contusión miocárdica (ingurgitación yugular).

No continuar hasta descartar y tratar el shock.

V Valoración neurológica

- a) **Nivel de conciencia:** a través del Glasgow y tamaño/reacción pupilar.
- b) **Con pupila midriática arreactiva:** colocar anti-tren-delemburg a 30° y derivar con urgencia al hospital con neurocirujano de guardia.

Además:

- Administrar Manitol 20%: 1 g/kg en bolo.
- Si Glasgow < 8: IOT-Sedación-Ventilación Mecánica.

VI y VII Exposición y Valoración Secundaria

- Exposición completa evitando la hipotermia (aunque controvertido en la primera evaluación).
- Reevaluar constantes cada 10 minutos.
- Revisión minuciosa del paciente de cabeza a pies.

VIII Identificar elementos de riesgo

Si TSR es < 12 y no hay lesiones anatómicas de gravedad:

- Valorar mecanismo lesional.
- Valorar edad.
- Valorar comorbilidad.

5. Discusión

La calidad asistencial es un parámetro, que a través de indicadores específicos, permite auditar los procesos que se realizan en un centro médico, su utilidad es, entre otras, contrastar con períodos previos o futuros de la misma unidad asistencial, compararse con otras áreas de actividad asistencial del entorno sanitario y valorar la eficacia de las medidas correctoras que se aplican.

Se ha diseñado un conjunto amplio de indicadores que pueden aplicarse en condiciones habituales a un Servicio de Emergencias Extrahospitalarias.

Como indicadores de estructura se han seleccionado aquellos que permiten a priori, una buena asistencia, como son el porcentaje de demanda asistencial, bajo porcentaje de triage del centro coordinador de urgencias, la existencia de protocolos específicos para la identificación del accidente de tráfico grave o potencialmente grave y recomendaciones de asistencia básica para los alertantes, cuerpo de seguridad o el propio paciente.

Los indicadores de proceso son los más numerosos, ya que son los más abordables para aplicar medidas que intenten mejorar la calidad; seis indicadores valoran tiempos, tiempo desde el inicio al fin de cada servicio, eventos asistidos a más de 20 minutos, tiempo de asistencia, de traslado extrahospitalario, tiempo de transferencia, tiempo total de asistencia;

en los indicadores de procedimientos encontramos la inmovilización correcta, mantenimiento de una vía aérea permeable, proveer una ventilación adecuada, la colocación de vías venosas, el control externo de hemorragias, así como el tratamiento del shock, el control de los parámetros vitales, los preavisos de llegada al centro receptor del paciente, el porcentaje de elección inadecuada del centro útil, control de omisiones diagnósticas.

Como indicadores de resultado se incluyen el porcentaje de muertes evitables.

En los indicadores de administración, se dispone del porcentaje de la cumplimentación de los datos básicos; siendo el último indicador de calidad, el análisis de la calidad percibida.

La seguridad de los pacientes al ser un componente esencial de la calidad asistencial, exige conseguir tres objetivos fundamentales:

- Identificar que procedimientos clínicos diagnósticos y terapéuticos son los más seguros y efectivos.
- Asegurar que se aplican a quien los necesita y
- Realizarlos correctamente y sin errores²⁵.

En este momento, el presente estudio se encuentra en Fase 2 de desarrollo, se están aplicando el conjunto de indicadores, para evaluar si la atención médica ofrecida es adecuada a los estándares de calidad preestablecidos y cuál es el impacto de la variabilidad asistencial en 1200 casos de politraumatizados atendidos por las unidades de Soporte Vital Avanzado del SAMU-061, en el período comprendido de 4 de Mayo 2008 al 30 Octubre de 2009.

6. Conclusiones

- El manejo del paciente politraumatizado es un proceso multidisciplinario.
- La demanda telefónica de la atención urgente a domicilio es un modo de acceso a los servicios de urgencias y emergencias médicas extrahospitalarias, que constituye una parte fundamental de cualquier sistema sanitario.
- El concepto de atención integral a las urgencias mejora los niveles de satisfacción de usuarios y profesionales.
- Disponer de un CCU para la atención médica telefónica hace que las respuestas sean más inmediatas y mejore la coordinación con el resto de las organizaciones.
- La cadena asistencial que conlleva la demanda telefónica debería ser reforzada con una educación sanitaria dirigida al buen uso de los servicios de urgencias.

- Los pacientes en las organizaciones sanitarias padecen Efectos adversos y Errores en su atención. Errar es humano.
- Una organización sanitaria debe tener un plan de calidad/seguridad que incluye la monitorización de los Efectos adversos.
- Homogeneizar la asistencia pre hospitalaria, optimizar el traslado del paciente a un centro hospitalario capaz de tratarlo en forma integral, sistematizar la recepción y el tratamiento inicial del accidentado.
- Establecer un sistema de registro y evaluación sistemática de resultados, pueden contribuir a delimitar mejor los accidentes como problema de salud y, a mejorar los resultados de la atención sanitaria.

7. Bibliografía

1. Pozo F, Ricoy JR, Lázaro P. Una estrategia de investigación en el sistema nacional de salud: I. La epidemiología clínica. *Med Clin (Barc)* 1994; 102: 664-669.
2. Wenberg J. Dealing with medical practice variation: a proposal for action. *Health Aff* 1984; 3: 6-31.
3. A. Gómez de la Cámara. La medicina basada en evidencias científicas: mito o realidad de la variabilidad de la práctica clínica y su repercusión en los resultados en salud. *ANALES Sis. San Navarra* 2003, Vol. 26, Nº 1, enero-abril.
5. Cohen MR, Smetzer JL, Tuohy NR, Kilo CM. High-alert medications: safeguarding against errors. En: Cohen MR, editor. *Medication Errors*. 2nd ed. Washington (DC): American Pharmaceutical Association; 2007. p. 317- 411.
6. Cuestionario de autoevaluación de la seguridad del sistema de utilización de los medicamentos en los hospitales. Adaptación del ISMP Medication Safety Self Assessment for Hospitals, por el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos (ISMP-España). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo; 2007.
7. Marks MK, Steinfert D, Barnett PL. Inappropriate use of hospital emergency departments. *Med J Austr* 2003; 178: 187-8.
8. Schriger DL, Brown TB. Decisions, decisions: emergency physician evaluation of low probability-high morbidity conditions. *Ann Emerg Med* 2005; 46: 534-5.
9. Buduhan G, McRitchie DL. Missed injuries in patients with multiple trauma. *JTrauma*. 2000; 49: 600-605.
10. Janjua KJ, Sugrue M, Deane SA. Prospective evaluation of early missed injuries and the role of tertiary trauma survey. *JTrauma*. 1998; 44: 1000-1006.
11. Houshian S, Larsen M, Holm C. Missed injuries in a level I trauma center. *J Trauma* 2002; 52: 715-719.
12. Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations. Manual de acreditación para hospitales

1996. Barcelona: SG Editores y Fundación Avedis Donabedian, 1995; 258.
13. Litvan H, Segoviano PF, Burgués J, Net A, Villar JM. El control de calidad en los servicios clínicos. Control de calidad asistencial 1990;5:33-8.
 14. Segovia JM. Ética del diagnóstico Médico. En: Vilardell F (editor). Ética y medicina. Madrid, Espasa Universidad, 1988; 149.
 15. Abizanda R, Vázquez G. Concepto de gestión de las UCI. Lo esperado frente a lo conseguido. Objetivos. Control de calidad. En: Abizanda R. La UCI como concepto de responsabilidad. Planificación y control. Madrid, Idepsa, 1991; 277-302.
 16. Donabedian A. Una aproximación a la monitorización de la calidad asistencial (2ª parte). Control de Calidad Asistencial 1991; 157: 383-90.
 17. Tejedor M, Jiménez L, Bandera JJ y Grupo de Costes de la SEMES. El coste de los procesos clínicos en los Servicios de urgencias y Emergencias. Emergencias 1998;10:393-405.
 18. Torres JM, Jiménez L, Tejedor M, Keller I, Temes JL. Coste por proceso en Urgencias. Todo Hospital 1999;157:383-90.
 19. Tejedor M, Jiménez L, Torres JM. El sistema ABC en el análisis de coste de los procesos clínicos en las unidades de Urgencias y Emergencias. Rev Calidad Asistencial 1999;14:312-20.
 20. Villalán JD. Ética y medicina. Medicine (ed, español) 1992;3:37-48.
 21. Aranaz JM, Limón R, Requena J, Gea MT, Núñez V, Bermúdez MI, y el Grupo de trabajo del Proyecto Idea. Incidencia e impacto de los efectos adversos en dos hospitales. Rev Calid Asist. 2005;20(2):53:60.
 22. Estudio Nacional sobre los Efectos Adversos Ligados a la Hospitalización (Informe Febrero 2006). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo; 2006. 169p.
 24. «Reduciendo el error, aumentando la seguridad». British Medical Journal, 18 de marzo de 2000.
 25. Leape LL, Berwick DM, Bates DW. What Practices Will Most Improve Safety? Evidence-Based Medicine Meets Patient Safety. JAMA 2002.
 26. Champion HR, Copes WS, Sacco WJ, Lawnick MM, Keast SL, Bain LW et al. The Major Trauma Outcome Study: establishing national norms for trauma care. J Trauma 1990; 30: 1356-1365.
 27. American College of Surgeons Committee on Trauma. Resources for optimal care of the injured patient: 1993. Chicago: American College of Surgeons, 1993.
 28. Edna, TH: Risk factors in traumatic head injury. Acta Neurochir (Wien) 1983; 69: 15-21.
 29. Elixhauser A, Steiner C, Harris DR, Coffey RM. Comorbidity measures for use with administrative data. Med Care 1998; 36(1): 8-27.
 30. Celli, P, Fruin A, Cervoni L. Severe head trauma. Review of the factors influencing the prognosis. Minerva Chir 1197; 52: 1467-1480.

Abreviaturas

CIE: codificación internacional de enfermedades.
UME: unidad móvil de emergencia.
SAMU-061: servicio de atención médica urgente.
TSR: trauma score revisado.
TAS: tensión arterial sistólica.
FR: frecuencia respiratoria.
TTO: tratamiento.
CC: centímetros cúbicos.
CSV: control de signos vitales.
FC: frecuencia cardiaca.
TA: tensión arterial.
GCS: Glasgow coma score.
ISS: Injury Severity Score.
TCE: traumatismo craneoencefálico.
TRISS: trauma injury score scale.
TG/TPG: trauma grave o potencialmente.
CS: centro de salud.
PAC: punto de atención continuada.

8. Anexos

Anexo I Trauma score revisado

Puntos	SCG	TAS	FR
4	13-15	>89	10-29
3	9-12	76-89	>29
2	6-8	50-75	6-9
1	4-5	1-49	1-5
0	3	0	0

Anexo II Escala de coma de glasgow

	Adulto motora	Verbal	Ocultar
6	Obedece ordenes		
5	Localiza dolor	Orientado	
4	Flexion al dolor	Confuso	Espontaneo
3	Flexion anormal	Inapropiado	Voz fuerte
2	Extension anormal	Incomprensible	Al dolor
1	Ninguna	Ninguna	Ninguna
Lactante			
6	Movimientos espontaneos		
5	Retira al tocar	Sonidos	
4	Retira al dolor	Llanto irritado	Espontanea
3	Flexion anormal	Llora al dolor	Al hablarle
	Decorticación		
2	Extension anormal	Gime al dolor	Al dolor
	descerebración		
1	Ninguna	Ninguna	Ninguna

Anexo III Mecanismos del trauma

Mecanismo del Trauma	Tipo de Lesión a Sospechar
Impacto Frontal: - Deformación del volante. - Huella de la rodilla en el tablero. - Estallido radiado del parabrisas.	- Fractura de columna cervical. - Tórax inestable anterior. - Contusión miocárdica. - Neumotórax. - Ruptura traumática de la aorta. - Ruptura del hígado o del bazo. - Fractura/luxación de la cadera y/o rodilla.
Impacto lateral:	- Esguince cervical contralateral. - Fractura de columna cervical. - Tórax inestable lateral. - Neumotórax. - Ruptura de la aorta. - Ruptura del diafragma. - Ruptura del hígado o bazo (depende del lado del impacto). - Fractura de pelvis o acetábulo.
Colisión con impacto posterior:	- Lesión de la columna cervical. - Lesión de los tejidos blandos del cuello.
Eyección fuera del vehículo:	- Impide la predicción del tipo de lesiones pero le confiere un riesgo mayor al exponerlo a todo tipo de mecanismos traumáticos. - La mortalidad se eleva significativamente.
Impacto vehicular con peatón:	- Traumatismo craneocefálico. - Ruptura traumática de la aorta. - Lesión de vísceras abdominales. - Fracturas de extremidades inferiores.

Anexo IV Hoja de seguimiento proceso asistencial

Nombre:			
Edad:			
Nº Historia:			
Fecha y Médico			
Hora producción accidente:			
Hora inicio atención EH:			
Hora de llegada a urgencias:			
Inmovilización correcta:	Si	No	NP
Vía aérea permeable:	Si	No	NP
Ventilación adecuada:	Si	No	NP
Vía venosa útil:	Si	No	NP
Control hemorragias externas:	Si	No	NP
Shock tto 2000 cc salino:	Si	No	NP
Informe transferencia escrito adecuado:	Si	No	NP
GCS < 15 (centro inadecuado):	Si	No	NP
Registro CSV: FC-FR-TA-GCS	Si	No	NP
TSR			
ISS			
TCE < 9-IOT:	Si	No	NP
Ingreso Hospitalario:	Si	No	NP
Servicio de ingreso:			
Traslado a otro hospital	Si	No	
Exitus:	Si	No	NP
Probabilidad supervivencia (TRISS)	>50 % 25-50 % <25 %		

Observaciones:

Rodear con un círculo la opción correcta.
NP: No Procede

Indicadores

1. **Porcentaje de demandas de asistencia por trauma grave o potencialmente grave (TG/TPG) recibidas en los centros de coordinación de Urgencias y Emergencias.**

$$\frac{\text{Nº de TG/TPG identificados}}{\text{Total demandas asistenciales}} \times 100$$

Justificación: conocer la proporción de demandas asistenciales por TG/TPG en relación con el total de demandas asistenciales y con otras demandas que requieran una asignación de recursos similares.

2. **Porcentaje de bajo triaje por el Centro Coordinador.**

$$\frac{\text{Nº de TG/TPG asistidos con recursos inapropiados (emergencias no detectadas)}}{\text{TG/TPG totales asistidos}} \times 100$$

Justificación: conocer la proporción de TG/TPG a los cuales se envía un recurso inapropiado pudiendo enviar el recurso asistencial idóneo (envío de un equipo asistencial básico en vez de un equipo asistencial avanzado disponible).

Equivale al número de TG/TPG no detectados como tales inicialmente (emergencias no detectadas relacionadas con el TG/TPG)

3. **Existencia de un protocolo de preguntas específico para la identificación del TG/PG.**

Si/No

Justificación: la existencia de un protocolo de preguntas específico (a cargo de la operadora, coordinador médico del Centro Coordinador) para detectar un TG/TPG en una demanda asistencial telefónica, facilita la adecuada asignación de recursos asistenciales.

4. **Existencia de una hoja específica de consejos / recomendaciones sanitarias básicas al primer alertante para primeros auxilios relacionados con el TG/TPG, hasta la llegada del recurso asignados.**

Si/No

Justificación: el tiempo de espera por los alertantes de un TG/TPG suele ser vivido con ansiedad. La indicación de consejos y recomendaciones relacionadas con primeros auxilios garantiza una asistencia inicial básica, para minimizar este aspecto.

5. **Disponer de un registro automatizado que permita conocer los tiempos de respuesta desde que se produce la demanda asistencial hasta que finaliza la intervención de cada equipo, permitiendo conocer los tiempos globales y parciales del proceso.**

Si/No

Justificación: conocer la gestión de la demanda asistencial ante un TG/TPG y detectar las demoras críticas que van a condicionar el resultado final del proceso.

6. **Disponer de un protocolo de asistencia *In situ* al TG/TPG que se produce a menos de 200 metros de un centro sanitario (Centro de Salud, Punto de Atención Continuada).**

Si/No

Justificación: la existencia de casos de TG/TPG en las cercanías al Centro de Salud, a menos de 200 metros, que genere alarma social, exige una respuesta inmediata por el personal del centro.

7. **Disponer de un protocolo de transporte inter-hospitalario.**

Si/No

Justificación: el adecuado tratamiento de un TG puede precisar el transporte del paciente de un centro a otro haciendo necesaria la existencia de un protocolo de transporte entre ambos centros asistenciales que contemple tanto la calidad del transporte, como la ausencia del recurso necesario en el hospital emisor y la existencia del mismo en el hospital receptor.

8. **Porcentaje de TG/TPG asistidos a una distancia superior a 20 minutos.**

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ de TG/TPG a distancia } > 20'}{\text{TG/TPG totales asistidos}} \times 100$$

Justificación: conocer la proporción de demandas asistenciales por TG/TPG a distancia superiores a 20 minutos con objeto de aplicar estrategias concretas para estos casos (activación de recurso básico o avanzado, CS, PAC).

9. Tiempo de respuesta para asistencia extrahospitalaria.

Hora presencia *in situ* – Hora de activación (en minutos)

Justificación: el tiempo de respuesta ante un TG/TPG no debe ser superior a 20 minutos, sea cual sea el recurso asignado. La hora de presencia *in situ* indica la presencia o llegada al lugar del suceso del equipo asignado.

10. Tiempo de transporte extrahospitalario.

Hora llegada al hospital – Hora de inicio de transporte (en minutos)

Justificación: además de ser un indicador de asistencia (la asistencia prestada durante el transporte), es un indicador de utilidad para el total del proceso durante la fase asistencial extrahospitalaria.

11. Tiempo de transferencia.

Hora de transferencia del TG/TPG a médico receptor- Hora de llegada al hospital.

Justificación: conocer los posibles retrasos en la asistencia intrahospitalaria derivados de la recepción del paciente.

12. Tiempo total de asistencia extrahospitalaria.

Justificación: Hora de transferencia – Hora de recepción de demanda asistencial (en minutos)

Justificación: conocer la duración de toda la fase asistencial prehospitalaria en los TG/TPG.

13. Porcentaje de TG/TPG fallecidos durante el traslado.

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ de TG/TPG que fallecen durante el traslado}}{\text{N}^\circ \text{ total de TG/TPG trasladados al hospital}} \times 100$$

Justificación: conocer la mortalidad durante el transporte y los que ingresan en el hospital en estado agónico.

14. Porcentaje de TG/TPG correctamente inmovilizados según describe el proceso.

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ TG/TPG correctamente inmovilizados}}{\text{N}^\circ \text{ total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

15. Porcentaje de TG/TPG con vía aérea permeable al ingreso hospitalario.

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ TG/TPG con vía aérea permeable}}{\text{N}^\circ \text{ total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

16. Porcentaje de TPG con ventilación adecuada al ingreso hospitalario.

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ TG/TPG con estabilidad respiratoria}}{\text{N}^\circ \text{ total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

17. Porcentaje de TG/TPG con al menos una vía venosa útil al ingreso hospitalario.

$$\frac{\text{N}^\circ \text{ TG/TPG con al menos una vía venosa útil}}{\text{N}^\circ \text{ total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

18. Porcentaje de TG/TPG con aplicación de medidas de control de hemorragias externas al ingreso en Hospital.

$$\frac{\text{Nº de TG/TPG con hemorragias externas controladas}}{\text{Nº total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

19. Porcentaje de TG/TPG con sospecha de shock tratados adecuadamente (más de 2.000 cc de suero fisiológico) al ingreso en Hospitalario.

$$\frac{\text{Nº TG/TPG en situación de shock con medidas correctoras}}{\text{Nº total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

20. Porcentaje de TG/TPG en cuyo informe de transferencia conste la valoración de parámetros vitales básicos

$$\frac{\text{Nº TG/TPG con constancia escrita de control de constantes básicas al ingreso en Hospital}}{\text{Nº total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

21. Porcentaje de preaviso de llegada al Hospital de TG/TPG trasladados por equipos de atención prehospitalaria

$$\frac{\text{Nº de preavisos de llegada al Hospital de TG/TPG}}{\text{Nº total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Justificación: el preaviso de llegada al Hospital receptor en casos de TG/TPG permite decuar la ubicación inicial del paciente en el Hospital y la adecuada recepción del mismo por el equipo asistencial hospitalario.

22. Porcentaje de elección inadecuada de centro hospitalario útil

Traslado primario asistido de un paciente hemodinámicamente estable con <15 puntos de GCS a un centro sin neurocirujano.

$$\frac{\text{Nº de traslados inadecuados}}{\text{Nº total de traslados primarios a hospitalares}} \times 100$$

Justificación: cumplimiento de actuaciones básicas.

23. Porcentaje de TG/TPG con registro de la evaluación inicial

$$\frac{\text{Nº de TG/TPG con constancia de registros}}{\text{Nº total de TG/TPG asistidos}} \times 100$$

Datos básicos de evaluación.

Monitorización de constantes vitales: Tensión Arterial Sistólica (TAS), Frecuencia Cardíaca (FC), Frecuencia respiratoria (FR) y Escala de Glasgow, al menos una vez cada 15 minutos.

Justificación: el control y la valoración continua de las constantes vitales en un TG/TPG es fundamental para minimizar la morbimortalidad por un deterioro agudo y para detectar lesiones inicialmente desapercibidas.

24. Control de toda omisión diagnóstica de lesión raquídea cervical en Urgencias.

Justificación: se considera grave la omisión de lesiones raquídeas cervicales por el riesgo de daño medular que conlleva la no inmovilización del área.

25. Porcentaje de muertes traumáticas evitables.

$$\frac{\text{Nº de muertes en pacientes con TG/TPG con probabilidad de supervivencia inicial >50\%}}{\text{Nº muertes intrahospitalarias en pacientes traumatizados}} \times 100$$

Justificación: La finalidad del control de calidad en la patología traumática es reducir al mínimo la mortalidad evitable. Toda muerte evitable debe ser analizada individualmente.

La probabilidad de supervivencia (Ps) se calcula mediante el sistema TRISS²⁶ que incluye el Injury Severity Score (ISS), el Trauma Score Revisado (TSR), la edad y si el trauma es abierto o cerrado.

Se considerarán muertes evitables los éxitos en pacientes con valores de Ps superiores a 50%.

Los fallecidos con Ps entre 25% y 50% se catalogarán como potencialmente evitables.

Los decesos con Ps inferiores al 25% se asumirán como muertes inevitables.

La aplicación de este indicador²⁷ ha de permitir conocer la distribución de la probabilidad de supervivencia y su posible comparación inter-centros.

26. Porcentaje de cumplimentación del conjunto mínimo básico de 15 datos urgentes en el informe asistencial (hoja médica y de enfermería):

Edad, sexo, mecanismo lesional, tiempo transcurrido desde el evento, medidas aplicadas previas a la llegada del equipo de emergencias, causa del accidente de tráfico, hora

de llegada del soporte de asistencia avanzado, manifestaciones clínicas presentes a la llegada del equipo asistencial, Glasgow Coma Score, procedimientos de enfermería realizados (vía, sondaje, electrocardiograma, oximetría, capnografía), tratamiento aplicado (drogas, aislamiento de la vía aérea, soporte general), hora de las intervenciones terapéuticas y reacciones adversas, destino del paciente, nombre o número de colegiado médico y enfermería que permitan su identificación, codificación del diagnóstico.

$$\frac{\text{Nº informes cumplimentados}}{\text{Nº total de asistencias}} \times 100$$

Justificación: cumplimentación de actuaciones básicas.

27. Porcentaje de reclamaciones formuladas por escrito

$$\frac{\text{Nº reclamaciones por escrito}}{\text{Nº total de asistencias}} \times 100$$

Justificación: índice de la calidad percibida por el paciente.

Análisis de las sentencias relativas a demandas por actos médicos en obstetricia y ginecología de la Audiencia Nacional entre los años 2000 a 2004

Carlos Calvo Martín

1. Introducción
2. Objetivos
3. Material y métodos
4. Resultados
5. Análisis
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

En los tiempos actuales tenemos una Sanidad que presta servicios sanitarios avanzados, que trae consigo la realización de actos médicos constantes, con medios diagnósticos y tratamientos de última generación, altamente sofisticados, que en consecuencia pueden conllevar asociado un determinado riesgo para los pacientes.

A ello hay que añadir una mayor preocupación, tanto legal como judicial y social, por la prestación sanitaria así como por una adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de la misma.

Todo ello unido a una cada vez más amplia y accesible información sanitaria, a través de los medios de comunicación o internet, ha provocado que se incremente el número de demanda contra los profesionales sanitarios y la Administración Sanitaria Pública.

Ello está derivando a que, en algunos ámbitos, se esté tratando a estas reclamaciones no como un medio legítimo de resarcir un daño realmente causado a los pacientes en el proceso asistencial sino como una simple «línea de negocio» en la que se busca un beneficio económico independientemente de si el daño se ha producido realmente o no.

En el presente trabajo se abordan las reclamaciones judiciales, que han dado lugar a sentencias emitidas por la Audiencia Nacional, que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en un sentido más amplio, sanitario, estudiándose aquellas que hacen referencia a la atención sanitaria prestada por los servicios de Obstetricia y Ginecología de las Instituciones Sanitarias Públicas.

Con ello tratamos de crear un instrumento que permita a los profesionales sanitarios conocer cuáles son los motivos por los que reclaman los pacientes así como la valoración y respuesta de las instancias judiciales para con ello adecuar su práctica clínica disminuyendo al mínimo el riesgo de demandas futuras y en su caso de las consecuencias de las mismas.

2. Objetivos

El objetivo del presente trabajo es analizar la totalidad de las sentencias emitidas por la Audiencia Nacional, en su Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo durante los años 2000 a 2004, con la finalidad de seleccionar aquellas que tengan como base una reclamación patrimonial contra la Administración Pública Sanitaria por un acto médico llevado a cabo dentro de la especialidad de Obstetricia y Ginecología.

Una vez cuantificadas y seleccionadas se persigue un doble objetivo:

- a) Identificar cuáles son las bases de las reclamaciones de los pacientes o allegados. Con ello se pretende valorar los motivos más habituales por los cuales se presentan reclamaciones y que ello pueda servir a los profesionales para, tras su análisis, tomar las medidas de mejoras pertinentes en su quehacer profesional si así fuera procedente.
- b) Conocer cuáles son los fundamentos legales utilizados por los jueces a la hora de elaborar las sentencias así como los medios probatorios utilizados y su importancia en la decisión judicial.

3. Material y método

Se ha procedido a analizar todas las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, en su Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a lo largo de los años 2000 a 2004.

El número de sentencias totales emitidas por la Audiencia Nacional relativas a reclamaciones patrimoniales contra la Administración pública que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio sanitario se eleva a 1.771.

La base de datos con todas las sentencias ha sido facilitada por la Audiencia Nacional.

Del total de sentencias estudiadas 184 corresponden a demandas planteadas contra actos médicos llevados a cabo en la especialidad de Obstetricia y Ginecología.

La búsqueda se ha realizado por años utilizando las siguientes palabras claves:

Palabra clave obstetricia

- Parto
- Puerperio
- Feto
- Malformación
- Embarazo
- Gestación
- Amniocentesis
- Cesárea
- Placenta
- Aborto
- Legrado
- Brida amniótica
- Ecógrafo
- Obstetra
- Mielomeningocele
- Espina bífida
- Acortamiento miembro

- Encefalopatía
- Hipóxia
- Perinatal
- Gemelar
- Eurofetus

Palabras clave ginecología

- Mama
- Mastectomía
- Mastopatía
- Útero
- Cérvix
- Ovario
- Retraso diagnóstico
- Error diagnóstico
- Cuadrantectomía
- Ligadura trompas
- Cáncer
- Conización
- SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia).
- FIGO (Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia).

En el estudio de cada una de las sentencias se registran como variables (tabla 1) la Comunidad Autónoma donde se produce la reclamación; el año en que tiene lugar; la fecha de deliberación; la causa o causas que motivaron la misma; la resolución (desestimatoria, estimatoria o estimatoria parcial); la cuantía de la reclamación, y en su caso, la cuantía concedida en la sentencia; y por último los medios probatorios utilizados y su incidencia (informes de peritos, médicos forenses o inspectores médicos, pruebas documentales...).

TABLA 1.

Variables analizadas en las sentencias

- Comunidad Autónoma de origen
- Año de reclamación
- Fecha de deliberación
- Causa que motivo la reclamación
- Origen de la reclamación: obstétrico o ginecológico
- Resolución: desestimatoria, estimatoria o estimatoria parcial
- Cuantía de la reclamación
- Cuantía de la resolución
- Métodos probatorios:
 - Pruebas documentales
 - Informes peritos
 - Informes médicos forenses
 - Informe inspector médico

Igualmente se procede al análisis detallado de la causa o causas que motivaron cada una de las reclamaciones para, analizándolas, poder los profesionales afectados buscar medidas de mejora en la asistencia sanitaria que disminuyan el número de demandas y por tanto también la satisfacción de nuestro sistema sanitario público.

4. Resultados

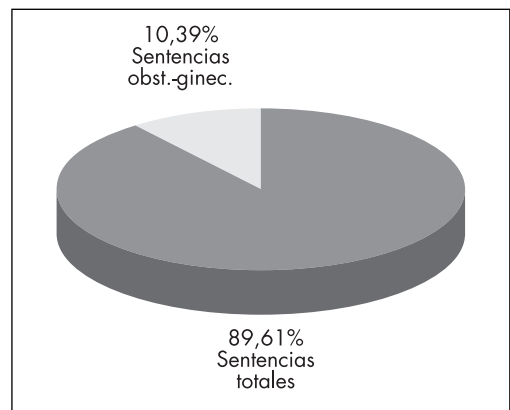
Se han analizado un total de 1.771 sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, en su Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a lo largo de los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. De estas 184, lo que supone un 10,39% del total, corresponden a la especialidad de Obstetricia y Ginecología con un reparto anual de 21, 34, 53, 57 y 19 respectivamente (tabla 2).

TABLA 2.
Sentencias obstétrico-ginecológicas

Año	Sentencias totales	Sentencias obst.-gine.	% sentencias obst.-gine. sobre el total
2000	239	21	8,79
2001	400	34	8,50
2002	479	53	11,06
2003	502	57	11,35
2004	151	19	12,58
Total	1.771	184	10,39

GRÁFICO 1.

% Sentencias obstétrico-ginecológicas sobre el total de sentencias



Por Comunidades Autónomas (tabla 3) la Comunidad de Madrid es la que mayor número absoluto de reclamaciones presenta con un 28% del total seguida de Castilla-La Mancha con un 12% y Castilla-León y Murcia con un 10% cada una. Hay que

resaltar que en un 10% de las sentencias estudiadas no se ha podido identificar la Comunidad Autónoma correspondiente ya que, debido al período analizado, son demandas de responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado.

GRÁFICO 2

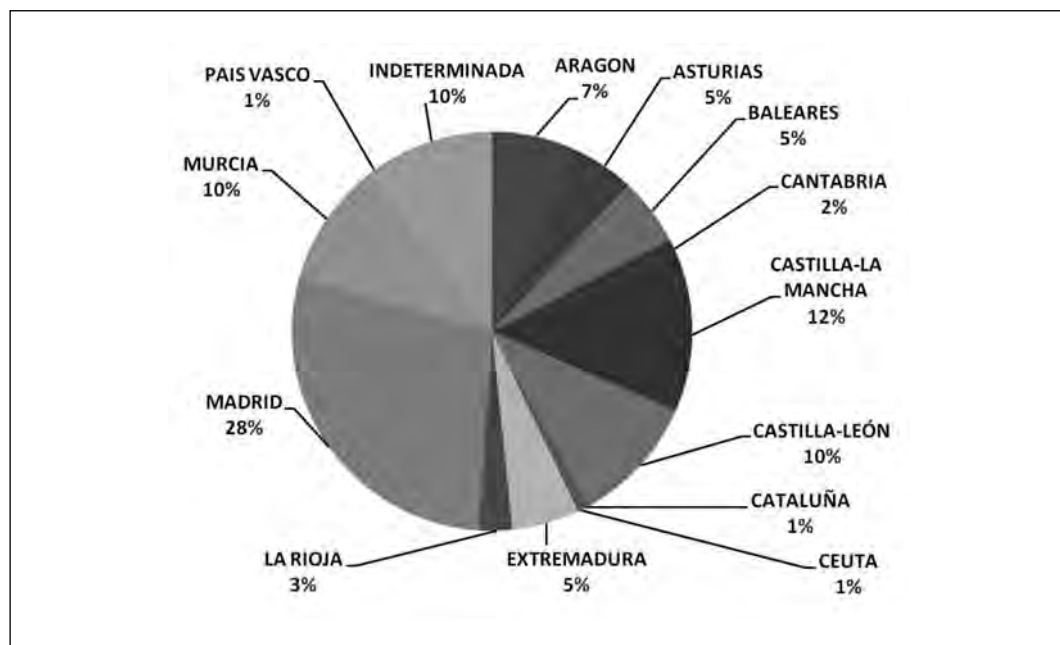
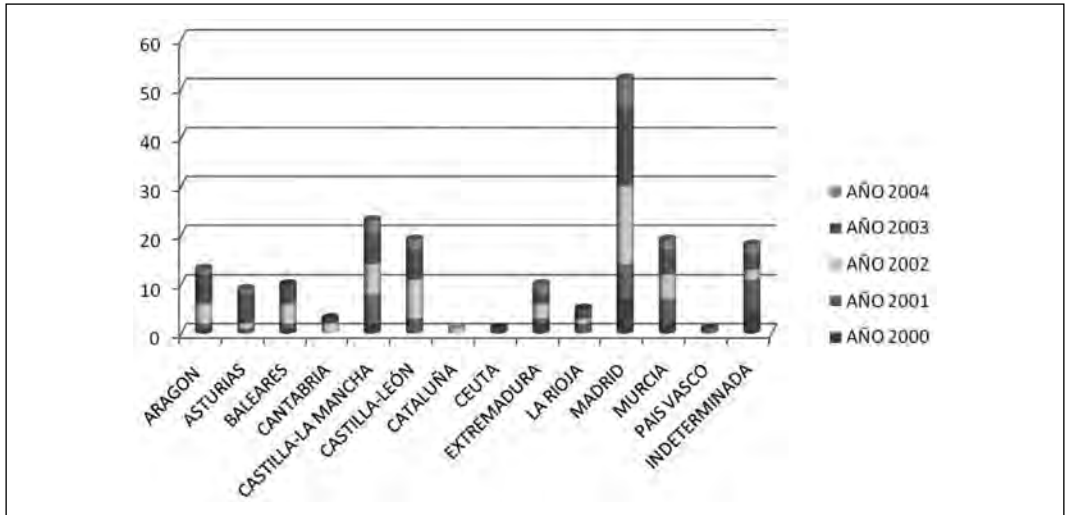


TABLA 3.
Distribución por Comunidades Autónomas

Comunidad Autónomas	Año					Total
	2000	2001	2002	2003	2004	
Aragón	1	1	4	6	1	13
Asturias		1	1	6	1	9
Baleares	1	1	4	4		10
Cantabria			2	1		3
Castilla-La Mancha	2	6	6	6	3	23
Castilla-León		3	8	6	2	19
Cataluña			1			1
Ceuta						1
Extremadura	1	1	3	2	2	10
La Rioja	2	2	1	2		5
Madrid	7	7	16	16	6	52
Murcia	2	5	5	5	2	19
País Vasco		1				1
Indeterminada	5	6	2	3	2	18
Total	21	34	53	57	19	184

GRÁFICO 3



Una vez identificadas las 184 sentencias objeto del estudio, su Comunidad Autónoma de origen y el año en que se dictaron se procede a su estudio minucioso para la identificación del resto de las variables descritas en el punto anterior procediendo, en primer lugar, a su diferenciación en función a que la

base de la reclamación corresponda a un acto sanitario obstétrico o ginecológico.

En este primer análisis genérico (tabla 4) observamos que hay predominio de reclamaciones en base a actos obstétricos sobre los ginecológicos, 52% frente a 48% respectivamente.

TABLA 4.
Distribución en base al origen de la reclamación

Especialidad	Año					Total
	2000	2001	2002	2003	2004	
Obstetricia	10	18	28	29	10	95
Ginecología	11	16	25	28	9	89
Total	21	34	53	57	19	184

GRÁFICO 4

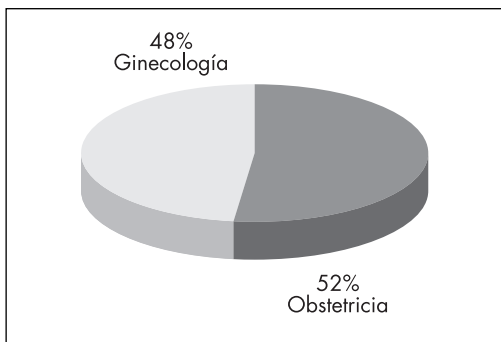
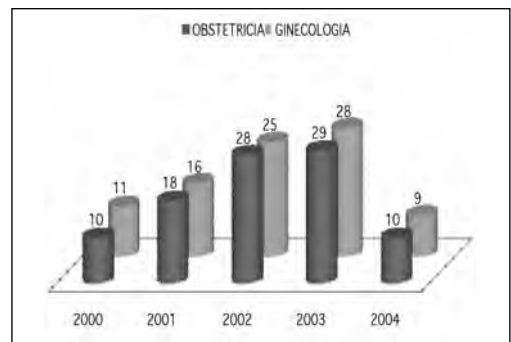


GRÁFICO 5



Las causas que motivaron la reclamación se han agrupado en variables dependiendo de su fundamento. Así para las reclamaciones basadas en actuaciones obstétricas se han agrupado en deficiente atención en la gestación, deficiente atención en el parto: secuelas para bebe, deficiente atención en el parto: secuelas para la madre.

Para las reclamaciones basadas en actuaciones ginecológicas se han agrupado en efectos adversos, error diagnóstico, retraso diagnóstico, ligadura de trompas y posterior embarazo.

En algunas reclamaciones no se presenta un único motivo sino que son varios los que motivan la reclamación.

Respecto a las causas de reclamación agrupadas en ginecología (tabla 5) estas recogen los siguientes casos:

- Efectos adversos: bajo este epígrafe se agrupan aquellos casos en que el tratamiento ginecológico ha llevado aparejado un daño, e incluso la muerte, que la reclamante entiende no debería haberse producido (legrado con perforación uterina, histerectomías, intervención de quiste de ovario con desgarro del sigma, perforación intestinal, gasas olvidadas, punción mama con neumotórax iatrogénico...).

- Error diagnóstico: agrupa aquellos casos, fundamentalmente relacionados con el carcinoma de mama, en los cuales la demandante, tras acudir a la sanidad pública no se le detecta y no estando conforme acude a la sanidad privada solicitando un posterior reintegro de gastos; diagnósticos erróneos o incompletos que llevan a un retraso en el inicio del tratamiento.
- Retraso diagnóstico: cuando se producen retrasos en las citas a consulta o realización de pruebas que a su vez implica un retraso en el diagnóstico e inicio del tratamiento con la correspondiente pérdida de oportunidad. Al igual que en el caso de error en el diagnóstico también son frecuente los casos de asistencia a la sanidad privada y posterior petición de reintegro de gastos. Hay que tener presente que así como el «error diagnóstico» siempre lleva aparejado un retraso en el diagnóstico correcto y el inicio de su tratamiento, en el «retraso diagnóstico» no se produce «error diagnóstico».
- Ligadura de trompas y posterior embarazo: no se trata de una causa agrupada pero se ha dejado como tal debido a la frecuencia con que se presenta suponiendo un 15,73% de todas las reclamaciones ginecológica

TABLA 5.
Causas de la reclamación agrupadas en ginecología

Ginecología	2000	2001	2002	2003	2004	Total
Efectos adversos	5	7	9	9	5	35
Error diagnóstico	3	3	4	1	1	12
Ligadura trompas y posterior embarazo	1	3	4	6		14
Retraso diagnóstico	2	3	8	12	3	28
Total	11	16	25	28	9	89

GRÁFICO 6

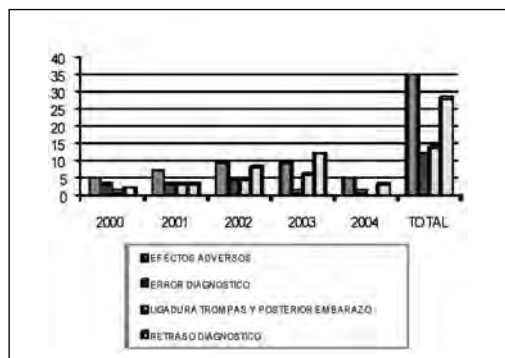
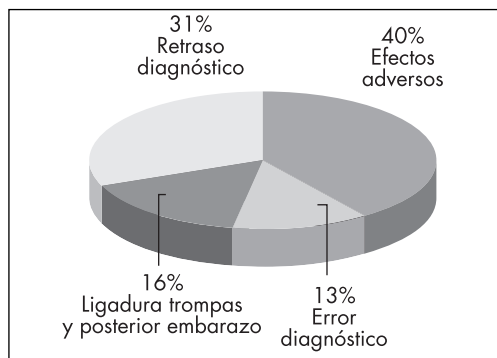


GRÁFICO 7



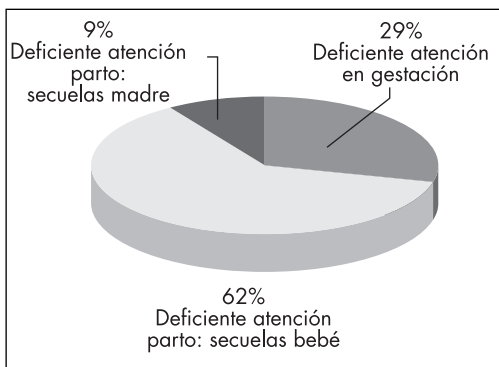
Respecto a las causas de reclamación agrupadas en obstetricia (tabla 6) estas recogen los siguientes casos:

- Deficiente atención en la gestación: recoge aquellos casos en los cuales el reclamante entiende que se ha producido un daño a la madre o al hijo por la atención incorrecta recibida durante la gestación que debiera haber sido evitable con un correcto seguimiento durante el embarazo (por ejemplo, amniocentesis con pérdida del hijo, posterior legrado y depresión materna), o bien que no se ha detectado a tiempo una anomalía que hubiera permitido a los padres no seguir con el embarazo (alteración fetal no detectada en la ecografía de la semana 20, ecografía de la semana 20 realizada con retraso sin posibilidad posterior de acogerse a la interrupción voluntaria del embarazo, triple screening para el síndrome de Down que no se informa...).
- Deficiente atención parto: secuelas al recién nacido: recoge aquellos casos en los cuales el reclamante entiende que se ha producido un daño o la muerte al parto bien sea por una mala praxis (parálisis braquial provocada en el expulsivo, fracturas de clavícula, traumas en el nervio facial, heridas en la cabeza...) o por retraso en la práctica de la cesárea o no realizarla cuando debería ser el medio elegido (sufrimiento fetal, hipoxia perinatal, aspiración meconial...).
- Deficiente atención parto: secuelas madre: recoge aquellos casos en los cuales el reclamante entiende que se ha producido un daño o la muerte de la madre por una atención deficiente en el momento del parto (fórceps con necrosis por aplastamiento de la cabeza femoral, rotura uterina, desgarro esfínter anal, hematoma postcesárea con trombosis vena ovárica...).

TABLA 6.
Causas de la reclamación agrupadas en obstetricia

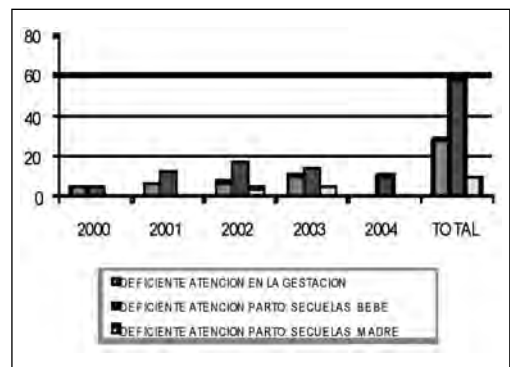
Obstetricia	2000	2001	2002	2003	2004	Total
Deficiente atención en la gestación	5	6	7	10		28
Deficiente atención parto: secuelas recién nacido	5	12	17	14	10	58
Deficiente atención parto: secuelas madre			4	5		9
Total	10	18	28	29	10	95

GRÁFICO 8



Respecto al resultado final, de los 184 procesos judiciales, 9 (4,9%) fueron estimatorias, es decir, la cantidad concedida por el juez en la sentencia fue la misma que solicitaba la parte demandante. Otras 50 (27,2%) sentencias se estimaron parcialmente, el juez concede parte de la petición del demandante que de media es un 27,6% de lo solicitado. Por últi-

GRÁFICO 9



mo en 125 sentencias (67,9%) el juez desestimó la petición del demandado (gráfico 10).

En el desglose de las sentencias por año y separadas las obstétricas de las ginecológicas (tabla 7) observamos que son más las sentencias estimadas, teniendo en cuenta las totales y parciales, en las reclamaciones de causa ginecológica que en las de causa obstétrica,

GRÁFICO 10

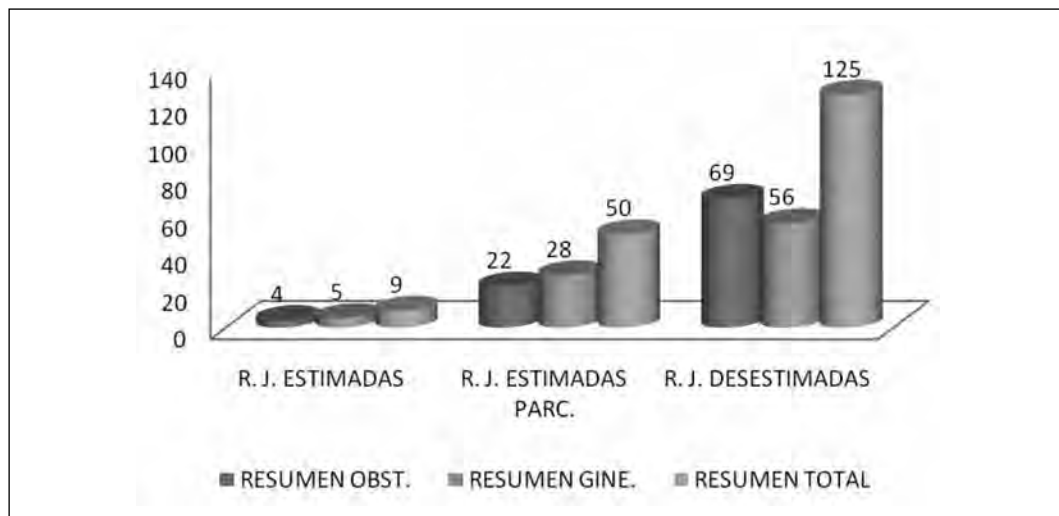


TABLA 7.
Resolución judicial por año y causa

		Res. jud. estimada	Res. jud. estimada	Res. jud. desestimada	Total	% estimadas
2000	Obstetricia	—	3	7	10	30%
	Ginecología	—	5	6	11	45%
	Total	—	8	13	21	38%
2001	Obstetricia	—	6	12	18	33%
	Ginecología	—	7	9	16	43%
	Total	—	13	21	34	38%
2002	Obstetricia	—	8	20	28	28%
	Ginecología	2	8	15	25	40%
	Total	2	16	35	53	33%
2003	Obstetricia	3	3	23	29	20%
	Ginecología	2	7	19	28	32%
	Total	5	10	42	57	26%
2004	Obstetricia	1	2	7	10	30%
	Ginecología	1	1	7	9	22%
	Total	2	3	14	19	26%
Resumen	Obstetricia	4	22	69	95	27%
	Ginecología	5	28	56	89	37%
	Total	9	50	125	184	32%

un 37% frente a 27% del total de las reclamaciones presentadas en cada grupo respectivamente.

Otro dato a resaltar es que, del total de demandas presentadas (184) solamente un 32% (59) han prosperado frente a un 68% (125) que han sido desestimadas.

Las resoluciones judiciales desestimatorias, a excepción de 6 casos en los que no se entro al fondo al declararse prescritas, lo son principalmente en base a que no se ha podido demostrar la violación de la *lex artis* de acuerdo a los conocimientos técnicos del momento o porque no se ha podido demostrar el nexo causal entre el daño reclamado y la actuación médica

Los métodos probatorios utilizados en estos juicios fueron los documentales (historia clínica e informes médicos) y personales (informe del Inspector Médico, informe del Médico Forense y prueba pericial).

Los métodos documentales están presentes en todos los procesos siendo de vital importancia la Historia Clínica del paciente. Tanto es así que la falta de consentimiento informado es una causa de reclamación añadida en varias reclamaciones, especialmente en aquellas ginecológicas en las cuales ha aparecido un efecto adverso no deseado y en las de ligaduras de trompas con posterior embarazo. En estos casos, aunque faltaba el documento del consentimiento informado, quedaba sobradamente pro-

bado, a través de la historia clínica, que la demandante había recibido una correcta información por lo cual se desestimaba la reclamación.

También es de resaltar, y como no podría ser de otra forma, la importancia que le dan los jueces a la opinión de los profesionales. En el Proceso Contencioso-Administrativo era obligada la valoración del Inspector Médico del INSALUD sobre los hechos objetos de reclamación así como el informe del Médico Forense en los casos en que existió proceso penal previo. Pero especial importancia se concede a la prueba pericial resaltada así por el Juez en las sentencias en que se ha practicado (52,2%), así como en parte de las sentencias desestimatorias en que el Juez cree que existe contradicción entre lo expuesto por la demandante y lo expuesto por el demandado y el informe del Médico Forense especificando que hubiera sido deseable que la parte demandante, sobre la que recae la carga de la prueba, hubiera solicitado la prueba pericial.

La última variable estudiada son las cuantías económicas solicitadas en las demandas así como la cuantía otorgada por el Juez en las sentencias estimatorias o estimatorias parciales (tabla 8). Las cantidades de la tabla vienen expresadas en euros, al ser la moneda vigente de curso legal, a pesar de que las sentencias en su mayoría todavía venían expresadas en pesetas o en los últimos años en pesetas y euros.

TABLA 8.
Cuantía económicas solicitadas y otorgadas

		Cuantía reclamada en demanda			Cuantía otorgada sentencia		
		Obstetricia	Ginecología	Global	Obstetricia	Ginecología	Global
2000	Total	5.410.328	1.754.055	7.164.382	354.597	214.107	568.704
	Media	601.148	159.460	358.219	118.199	42.821	71.088
	%	—	—	—	33,33	20,00	12,50
2001	Total	4.565.704	2.334.128	6.899.832	501.845	319.099	820.944
	Media	268.571	145.883	209.086	83.641	45.586	63.150
	%	—	—	—	16,67	14,29	7,69
2002	Total	10.876.722	3.410.058	14.286.780	1.057.576	554.391	1.611.967
	Media	418.335	148.263	280.133	132.197	55.439	64.479
	%	—	—	—	12,50	10,00	4,00
2003	Total	10.450.505	2.594.421	13.044.926	764.949	684.860	1.449.810
	Media	373.232	117.928	260.899	95.619	68.486	57.992
	%	—	—	—	12,50	10,00	4,00
2004	Total	4.852.898	2.229.506	7.082.405	844.101	341.175	1.185.276
	Media	606.612	318.501	472.160	281.367	170.587	237.055
	%	—	—	—	33,33	50,00	20,00

GRÁFICO 11.

Cuantías medias reclamadas en demanda

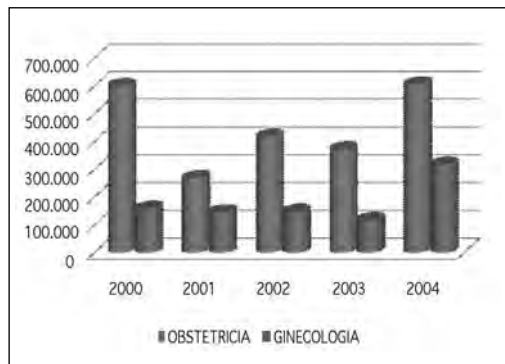
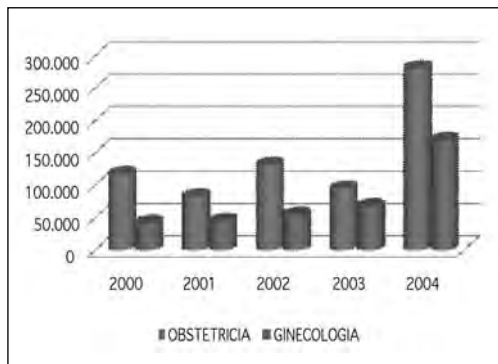


GRÁFICO 12.

Cuantías medias otorgadas en sentencia



Respecto a las cuantías solicitadas en las demandas hay que decir, en primer lugar, que en 17 (2,1% del total) la cantidad solicitada era indeterminada ya que la parte demandante no puede determinar la cuantía indemnizatoria en ese momento procesal posponiendo la valoración a la resolución del recurso. En la tabla 8 para el cálculo de las cantidades medias reclamadas del total de las reclamaciones se han excluido las que eran de cantidad indeterminada.

También podemos observar en la tabla 8 que las cantidades solicitadas en las demandas fundamentadas en hechos obstétricos son más elevadas tanto las cantidades solicitadas en las demandas como las cantidades a satisfacer en caso de sentencias estimatorias.

5. Análisis

El objetivo principal que se planteaba en el presente estudio era identificar cuáles son las bases de las reclamaciones de los pacientes o allegados. Con ello se pretende valorar los motivos más habituales por los cuales se presentan reclamaciones y que ello pueda servir a los profesionales para, tras su análisis, tomar las medidas de mejoras pertinentes en su quehacer profesional si así fuera procedente.

Para ello, en primer lugar, debemos analizar cuáles son los fundamentos legales y la jurisprudencia relacionada con las reclamaciones patrimoniales contra la Administración Pública Sanitaria para después poder pasar a analizar pormenorizadamente todas las variables definidas para cada una de las sentencias.

Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa, en el art. 121 y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Ad-

ministración del Estado de 1957, en los arts. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (art. 1 de la Constitución) y se desarrolla en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culpable de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma. La responsabilidad por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante.

Un examen sucinto de los *elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, permite concretarlos del siguiente modo:

1. Lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

La lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público (en este sentido SSTs de 4 de junio de 1990, 21 de enero de 1991, 25 de junio de 1992 y 7 de julio de 1997, entre otras).

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que han declarado reiteradamente (así, en Sentencias 14 mayo, 4 junio, 2 julio, 27 septiembre, 7 noviembre y 19 noviembre 1994, 11 febrero 1995, 25 febrero 1995, 28 febrero y 1 abril 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la ac-

tividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Precisamente el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace que sólo se excluya en los supuestos de fuerza mayor y no en los de caso fortuito, lo que implica, como se recuerda en la STS 1 de diciembre de 1989, que «el carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial».

La naturaleza objetiva de la responsabilidad de las Administraciones Públicas constituye un principio cardinal en el régimen administrativo que debe ser exigida con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo los bienes constitucionales de la mayor importancia, la vida y la integridad física de las personas.

2. El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. Respecto a la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debe subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél. A este respecto debe seguirse la llamada teoría de la causalidad adecuada, expuesta en la STS de 28 de noviembre de 1998 del siguiente modo: «El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorística, con carácter general, puesto que cualquiera acacamiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí ó dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho ó condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de

apreciar la existencia, ó no, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente y exige un presupuesto, una «*condictio sine qua non*», esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados y los absolutamente extraordinarios.»

- b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor —única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente—, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, y la intervención de un tercero como agente activo, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
- d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Ad-

ministración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

3. La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado. Es decir, el perjuicio ha de ser patrimonialmente evaluable y determinado o determinable con relación a cada persona, pudiéndose producir su cuantificación definitiva en ejecución de sentencia.

En el ámbito de la asistencia sanitaria también cabe traer a colación la doctrina que expone el Tribunal Supremo donde diferencia en esta materia distintos tipos de daños. En primer lugar, entre los producidos por la enfermedad y los producidos por el tratamiento médico prestado. En segundo lugar, dentro de los primeros, entre «los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana» y los «daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada».

Finalmente, dentro de los producidos por el tratamiento médico, también subdistingue entre «aque- llos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica» y «aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo».

Partiendo de ello, cabe convenir con que sólo los segundos de los enunciados en cada uno de los dos grupos principales son susceptibles de ser considerados causa a los efectos de que se trata.

Por último cabe añadir otro elemento de valoración, seguido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en las reclamaciones patrimoniales derivadas de actuaciones de profesionales sanitarios que es la «*lex artis*». No es suficiente la existencia de

lesión sino que habrá que determinar si la actuación médica fue correcta bajo el prisma del conocimiento y desarrolla de la ciencia en el momento de producirse el acto médico

Sentadas las bases doctrinales hemos de tener presente que los ciudadanos y los medios de comunicación están muy sensibilizados con los actos médicos en general y principalmente los relacionados con el principio y el fin de la vida. De ahí la gran importancia, reflejada en el número de reclamaciones, que adquieren especialidades como la Obstetricia y Ginecología.

La especialidad de Obstetricia y Ginecología es la que presenta el porcentaje más alto de demandas (10,39%) dentro del total de reclamaciones patrimoniales contra la Administración Pública Sanitaria por actos médicos. En el estudio realizado por la Dra. María Cruz Carreño, en el año 2007, sobre las demandas por actos médicos con base en actuaciones oncológicas en el mismo período, se obtuvo que estas representaban el 6,72% del total.

Igualmente se puede observar que la tendencia, en los años estudiados, es a ir incrementando paulatinamente el porcentaje de demandas contra los actos médicos de esta especialidad, si en el año 2000 representaban el 8,9 % del total en el año 2004 suponían el 12,8%.

También hemos de observar que dentro de la especialidad hay un mayor número de reclamaciones por actos obstétrico sobre los ginecológicos, 52% frente a 48%, aunque esta diferencia es menor que lo que intuitivamente podría esperarse.

En lo referente a las causas de las demandas, en la práctica obstétrica, hay dos momentos críticos. El primero el momento del parto debido a las lesiones sufridas por el recién nacido (61% de las demandas por actos obstétricos) y el segundo durante la gestación, principalmente en el control ecográfico de la semana 20, para la detección de posibles malformaciones o enfermedades (29%). En ambos casos es fundamental, tanto para disminuir el número de demandas como para, en caso de producirse, poder presentar una correcta defensa, una exhaustiva información a la paciente en cada momento sobre evolución y las limitaciones existentes en las técnicas diagnósticas así como de las posibles complicaciones que pudieran presentarse, su reflejo en la historia clínica y el ajustarse a los protocolos establecidos.

En lo referente a las causas de las demandas, en la práctica ginecológica, las principales causas de demanda son los efectos adversos producidos en aplicación de un determinado tratamiento (39,3% de las demandas por actos ginecológicas) y los retrasos diagnósticos (31,5%) que implican la doctrina

de «pérdida de oportunidad», es decir, la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas. En este punto es importante resaltar que la actividad desarrollada en los centros del Sistema Nacional de Salud llevan implícitos unos tiempos de demora, tanto en lo referente a las técnicas diagnósticas como las terapéuticas, que generan ansiedad en los pacientes pero que nunca son sancionadas por el Juez cuando se encuentran dentro de los límites normales para el momento y la actuación específica. El problema surge a la hora de cuantificar la «normalidad de los retrasos» en la atención, punto en el cual adquieren especial relevancia el informe de los expertos y la documentación clínica como más adelante veremos al tratar los medios probatorios.

Al igual que indicamos en las demandas obstétricas, es fundamental, una exhaustiva información a la paciente en cada momento sobre evolución y las limitaciones existentes en las técnicas diagnósticas así como de las posibles efectos adversos o no esperados que en este caso suponen cerca de la mitad de las demandas.

Para la valoración de todos estos extremos se revela fundamental los medios probatorios, tanto documentales como periciales.

Respecto a los medios documentales (informes de expertos, de Jefes de Servicio, etc.) la Historia Clínica es fundamental ya que contiene todo el proceso evolutivo de la enfermedad y las actuaciones que se han venido realizando sobre el paciente, por ello está presente en todos los procesos siendo la prueba documental más importante. Ello es así ya que incluso en los procesos en los cuales la parte demandante alegaba falta de información, bien por no existir el consentimiento informado o por este ser genérico o insuficiente, si en la historia clínica queda suficientemente probado que se dio información correcta y suficiente a lo largo del proceso era desestimado por el Juez.

También es de resaltar, como ya quedo dicho en el apartado anterior, la importancia que le dan los jueces a la opinión de los profesionales, Inspectores Médicos del INSALUD, Médicos Forenses y en especial la prueba pericial resaltada así por el Juez en las sentencias en que se ha practicado, así como en parte de las sentencias desestimatorias en que el Juez cree que existe contradicción entre lo expuesto por la demandante y lo expuesto por el demandado y el informe del Médico Forense especificando que hubiera sido deseable que la parte demandante, sobre la que recae la carga de la prueba, hubiera solicitado la prueba pericial lo cual podría haber modificado el resultado de la

sentencia. Ello es así dado que los peritos solicitados por insaculación son elegidos de un grupo de profesionales inscritos en el Colegio Médico para realizar esta función. Se les selecciona por turno y se les presenta el caso pudiendo aceptar emitir informe o no, en caso de emitirlo es con compromiso expreso de decir la verdad con imparcialidad, de ahí el valor especial concedido en las sentencias por los jueces, imparcialidad que queda en entredicho cuando el informe pericial es presentado por la parte.

Reflexión al margen debemos realizar respecto a los peritos. Dada la importancia de su labor en el resultado final de los procesos sería necesaria una regulación específica de la labor pericial empezando por la determinación de las características exigibles para ejercer la labor de perito en cuanto a formación, experiencia y ejercicio profesional. Hoy es exigible exclusivamente la titulación general de la profesión por lo que podemos encontrarnos con un perito opinando respecto a una especialidad que no tiene y no ha ejercido nunca, o incluso que no se dedique a labor asistencial en su recorrido profesional. Que menos que exigir a un perito los mismos requisitos que exigiríamos a un facultativo cuando acudimos a ser tratados de un problema de salud.

Respecto al resultado final, es importante resaltar que más de dos tercios de las reclamaciones judiciales fueron desestimadas por el juez. De ello y de la jurisprudencia analizada se desprende que, a pesar de haberse abierto en las reclamaciones patrimoniales una «vía de negocio», los jueces valoran la labor del profesional sanitario entendiendo sus especiales características, la complejidad y la trascendencia del acto asistencial, la influencia de factores endógenos (características personales del paciente, entorno familiar, características organizativas...) así como el estado de la ciencia que se encuentra en continuo proceso de redefinición y mejora.

La cuantificación del daño en las sentencias estimatorias es un tema complejo para los jueces ya que no existe un criterio objetivo para determinarlo. Ello conlleva inseguridad jurídica ya que existen diferencias significativas en la valoración de daños similares en distintos casos. En la actualidad se recurre por analogía al baremo para accidentes de tráfico, no obstante debería procederse a la creación de un baremo de daños, común a todo el territorio nacional, específico para la valoración de la responsabilidad patrimonial por actos médicos.

Las cuantías solicitadas en las demandas generalmente son excesivamente elevadas en comparación con las cuantías otorgadas en reclamaciones patrimoniales previas, solamente en 9 de los 184 casos estudiados la cuantía otorgada por el Juez coincidía

con la solicitada en la demanda. También es de destacar que en 17 casos se plantea la demanda con una solicitud «indeterminada» dejando la valoración al Juez en función del estado del daño. También es de resaltar que tanto las cuantías solicitadas en las demandas como las otorgadas por el Juez en caso estimatorio son más elevadas en las reclamaciones con base obstétrica que en las ginecológicas.

6. Conclusiones

- Los particulares tendrán el derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en el caso de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas, y habrá que establecer el nexo causal entre la lesión y el agente que la produce.
- La culpa o negligencia médica surge con dotación de suficiente causalidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.
- La especialidad de Obstetricia y Ginecología es la que más reclamaciones patrimoniales con fundamento en actos médicos presenta (10,39%) con un aumento progresivo en los años estudiados (8,79% en el año 2000; 8,5% en el año 2001; 11,06% en el año 2002; 11,35% en el año 2003; 12,58% en el año 2004).
- Las reclamaciones con base en un acto obstétrico son superiores en número, cuantía económica reclamada en la demanda y cuantía económica concedida en la sentencia respecto a las de causa ginecológica.
- Las reclamaciones patrimoniales por actos sanitarios se fundan básicamente en error o retraso diagnóstico y efectos adversos o no deseados por una insuficiente atención sanitaria. De ahí la importancia de una correcta información a los pacientes, o en su caso familiares, y su correspondiente reflejo en la documentación clínica.
- Las reclamaciones por falta de información, bien por no existir el consentimiento informado o entenderse que este es insuficiente, se presentan coexistiendo con otras causas de reclamación. Si queda suficientemente probado, en la Historia Clínica, que se ha producido la información de

forma adecuada a lo largo del proceso asistencial esta es desestimada.

- La Historia Clínica, desde el punto de vista médico-legal, refleja el cumplimiento de los principales deberes del profesional sanitario hacia el paciente como son el deber de asistencia de acuerdo con la *lex artis ad doc*, deber de cuidado y de información. Es la prueba documental fundamental del buen o mal ejercicio de la profesión, de ahí la importancia, además obviamente de su valor como instrumento básico e imprescindible para un correcto ejercicio profesional, de su correcta utilización.
- A pesar del incremento de reclamaciones patrimoniales contra la administración por actos sanitarios que se ha producido a lo largo de los años de estudio, así como el aumento dentro de estas de las dirigidas a la especialidad de obstetricia y ginecología, el número de reclamaciones estimatorias se mantiene constante en cifras algo inferiores a un tercio del total de reclamaciones.
- Dada la gran variabilidad en las cuantías reclamadas por la demanda así como en las otorgadas por los jueces, en aras de la seguridad jurídica, debería realizarse un baremo específico de daños por actos médicos.

7. Bibliografía

- Constitución Española.
- Código Civil Español.
- Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.
- Ley de Expropiación Forzosa.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Bello Janeiro, D. *Responsabilidad Civil del Médico y responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*. Ed. Reus, Madrid, 2009.
- Ahumada Ramos, FJ *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Aranzadi, Pamplona, 2000
- Beladiez Rojo, M. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- Gracia Guillen, D. *La lex artis médica. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, 1995.
- Cueto Pérez, M. *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*. Ed. Tirant monografías, Valencia, 1997.
- García de Enterría, E./Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo II*. Ed. Civitas, 11º edición, Madrid, 2008.
- González Pérez, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Ed. Civitas, 2º edición, Madrid, 2000.
- Guerrero Zaplana, J. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*. Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Rubio Torrano, E. *Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal*. Ed. Aranzadi Civil, número 17, enero 2008.

Criterios interpretativos en el ámbito de la responsabilidad sanitaria

*Victor Gonzalo Canales
Santander*

1. Introducción
2. Datos de las sentencias analizadas
 - A) Sentido del Fallo
 - B) Motivos de Reclamación
 - C) Valoración del daño
3. Conclusiones
4. Bibliografía

1. Introducción

En los tiempos actuales es un hecho conocido el incremento de las reclamaciones por responsabilidad sanitaria y el consiguiente ejercicio de la profesión médica, muchas veces, mirando más al juez que al paciente.

Los médicos reclaman su derecho a desempeñar su función asistencial sin que el medio les condicione a coartarse en sus decisiones o a ejercer de forma defensiva.

Con el presente trabajo trato de dar respuesta a las siguientes preguntas ¿se mide en términos similares la responsabilidad del médico?, ¿existe seguridad jurídica? o por el contrario, ¿se encuentran tanto médicos como pacientes expuestos a una interpretación no homogénea por parte de nuestros órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley?

Para intentar dar respuesta a las anteriores cuestiones he procedido a analizar un número de sentencias que si bien no es muy amplio si es representativo, puesto que abarcan desde el año 2005 hasta el 2009 y se ciñen a una jurisdicción y a una patología concretas, la contencioso-administrativa y el cáncer de mama.

El número total de sentencias analizadas, cuyo resumen se acompaña como Anexos I y II, se distribuyen de la siguiente manera:

- 20 Sentencias correspondientes al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- 20 Sentencias repartidas entre los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro Estado Autonómico.

De cada una de las sentencias se han extraído una serie de ítems que he considerado de interés, ciñéndome en el presente trabajo a desgranar tres principalmente, cuales son:

- Sentido del Fallo.
- Motivos de reclamación.
- Valoración del daño.

Antes de entrar a analizar los puntos referidos resulta conveniente exponer resumidamente en qué consiste la responsabilidad patrimonial de la administración, cuyo conocimiento judicial compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, que de conformidad con el artículo 106.1 de la Constitución, se le asigna el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo.

Comenzar diciendo que La Ley de Expropiación forzosa de 1954 marcó, en su momento, un hito

fundamental al suprimir el carácter subjetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al incorporarse, a los supuestos de eventual imputación, el funcionamiento regular de aquella.

De conformidad con el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, que suponga un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siempre que dicha lesión sea imputable a una Administración COMO CONSECUENCIA DEL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL de los servicios públicos.

En este planteamiento la responsabilidad surge con independencia de que la conducta del sujeto que causa la lesión sea o no contraria a derecho. El carácter antijurídico descansa, pues, en el daño causado al particular siempre y cuando éste no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley, es decir, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración toda la cuestión relativa a la culpabilidad se solventa en la relación de causalidad.

Por contra el orden jurisdiccional civil la exigencia de que concurra culpa o negligencia, viene motivada por la realización de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, disponiendo el primero de ellos que *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo CULPA O NEGLIGENCIA, está obligado a reparar el daño causado”*. A continuación el artículo 1.903, párrafo primero, establece que *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes debe responder”*. Así el artículo 1.902 contempla una responsabilidad subjetiva, exigiendo ilicitud y daño, y el artículo 1.903 establece una responsabilidad basada en una presunción de culpa.

Podemos resumir la diferencia entre responsabilidad civil y patrimonial parafraseando a JANER DURÁN ENRIQUE: *“a diferencia del Derecho Civil, no es necesaria culpa, la que se sustituye en Derecho Administrativo por la relación de causa a efecto del acto al daño”*.

Resultado de interés rescatar lo establecido por el **Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su Sentencia de 28 de octubre de 2008** pues en ella se establecen los criterios jurisprudenciales en lo que a la responsabilidad patrimonial de la administración se refiere.

“Procede señalar que, configurada por primera vez en 1954, dentro de la LEF, en el art. 121 y contenida en la LRJAE 1957, en los arts. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado

adquiere relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 CE como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (art. 1 CE) y se desarrolla en los arts. 139 y ss. L 30/1992 (Tit. X) y en el RD 429/1993 de 26 Mar., que aprueba el Regl. de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la **responsabilidad patrimonial de la Administración**, permite concretarlos del siguiente modo:

- El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.
- En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.
- El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.
- Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala 3.^a del TS ha declarado reiteradamente (así, en SS 14 May., 4 Jun., 2 Jul., 27 Sep., 7 y 19 Nov. 1994, 11 Feb. 1995, al resolver el recurso de casación núm. 1619/1992, FJ 4.º y 25 Feb. 1995, al resolver el recurso de casación núm. 1538/1992, FJ 4.º, así como en posteriores SS 28 Feb. y 1 Abr. 1995) que la **responsabilidad patrimonial de la Administración**, contemplada por los arts. 106.2 CE, 40 LRJAE 1957 y 121 y 122 LEF, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido **normal** o **anormal**, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto

producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá, entonces, deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

En el examen de la relación de causalidad, inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, procede señalar, como más relevantes, los siguientes criterios de aplicación:

- Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.
- No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendientes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor –única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente–, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima **negligencia** de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
- Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o **negligencia** de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con **negligencia**, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.”

La anterior tendencia objetivadora no puede, sin embargo, hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una actividad administrativa como la que nos ocupa, esto es una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecáni-

ca del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

Completar diciendo que es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que considera esencial para que se estime la **responsabilidad patrimonial de la Administración**, la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en SS 20 Oct. 1980, 10 Jun. 1981 y 6 Feb. 1996, entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, pues la responsabilidad objetiva ha de ser entendida en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño y la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto sentencias como las de 24 Oct. y 5 Dic. 1995.

A tenor de lo expuesto parece que si bien la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria participa de los mismos caracteres de la responsabilidad administrativa en general y en especial de su carácter objetivo independiente de la concurrencia o no de culpa en la actuación administrativa, encontramos luego una gran cantidad de matices reductores de esa proclamada objetividad hasta el punto de lo que podríamos denominar una *objetividad subjetiva*.

A este respecto el Tribunal Supremo y la Doctrina consideran que no, que sigue siendo objetiva pero baremada por que la lesión ha de ser antijurídica, entendida como que el daño sufrido debe ser de los que el perjudicado no tiene el deber de soportar y para delimitar cuáles sí y cuáles no el más Alto Tribunal establece que se deben soportar aquellos que se sufren cuando el operador médico ha respetado la *lex artis ad hoc* y no debe soportar aquellos que se sufren cuando no la ha respetado. No obstante, entender que la regla cuya infracción ocasiona un daño indemnizable es la *lex artis* es tanto como entender que el infringir la *lex artis* es una negligencia inex-

cusable es decir, una actuación culpable. Lo que nos lleva a poder afirmar que la responsabilidad de la Administración sanitaria tiene una fuerte carga de criterio *subjetivo-culpabilístico*¹.

Sin embargo como expondré más adelante en muchas ocasiones no resulta posible determinar la relación causa-efecto, esto es, la *conditio sine qua non* sin la cual el evento dañoso se habría o no producido, siendo necesario recurrir a principios tomados de otros sistemas jurídicos para resolver las lagunas en la que nos sumerge el avance de la medicina, lo que redunda directamente en el criterio interpretativo homogéneo o no de nuestros jueces y por ende en la suerte que ha de seguir al médico y al paciente.

2. Datos de las sentencias analizadas

A) Sentido del Fallo

De las cuarenta sentencias analizadas obtenemos en lo que al sentido del fallo se refiere, los siguientes datos:

- *Desestimatorias*: 20
- *Estimatorias*: 5
- *Estimatorias Parciales*: 15

GRÁFICO 1.

Fallo de las sentencias



Si diferenciamos las emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de las del resto Tribunales Superiores de Justicia, resulta:

1. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (20 sentencias)

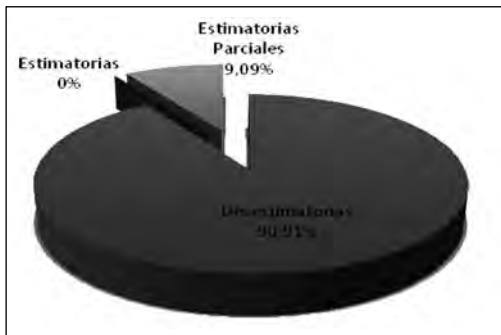
- *Desestimatorias*: 11
- *Estimatorias*: 2
- *Estimatorias Parciales*: 7

GRÁFICO 2.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid



Llama la atención en este punto la diferencia que existe entre el criterio seguido por las dos Secciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que juzgan los pleitos relacionados con la responsabilidad sanitaria, que son la 8ª y 9ª (recientemente se ha añadido una Sección 10ª), como pone de manifiesto el hecho que de las sentencias no desestimatorias tan sólo una corresponda a la Sección 8ª.

GRÁFICO 3.Tribunal Superior de Justicia de Madrid:
Sección 8ª

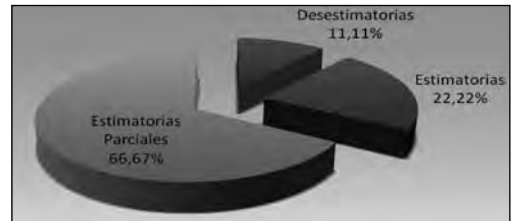
Así los pronunciamientos de dicha sección, en las sentencias analizadas que abarcan cinco años, son totalmente contrarios a los intereses de los demandantes revelando una mayor protección por el personal médico.

Limitándome a datos totalmente objetivos podemos apreciar que de las 20 sentencias analizadas en el ámbito de la Comunidad de Madrid, once corresponden a la Sección 8ª y nueve a la Sección 9ª.

De las once sentencias de la Sección 8ª se desprende que diez son desestimatorias y una es estimatoria parcial² (**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala C-A, Sección 8ª, Sentencia 23 Mayo 2007**), en la que la cuantía solicitada por la parte

actora era de 200.000 euros y la finalmente concedida fue la de 12.000 euros.

Mientras que de las nueve sentencias de la Sección 9ª observamos que una es desestimatoria, dos estimatorias y seis estimatorias parciales.

GRÁFICO 4.Tribunal Superior de Justicia de Madrid:
Sección 9ª

Estas diferencias entre las dos secciones evidencian el interés que cada una de ellas tienen para el médico y para el paciente en sentido inverso, de modo que si somos el médico reclamado o mejor dicho la Administración reclamada respiraremos aliviados si es la Sección 8ª la encargada de enjuiciar la litis, mientras que distinto será nuestro parecer si somos el paciente-reclamante.

Tal falta de equilibrio no ha pasado desapercibida, llegando al extremo que en el mes de septiembre de 2009 se formalizó la *Plataforma de Afectados por la Sección Octava*, que presentó una queja, que finalmente fue archivada, ante el Consejo General del Poder Judicial, porque “*desestima todas las reclamaciones de manera sospechosamente injusta y arbitraria sin motivarlas*”³ (Memoria Año 2009 Asociación Defensor del Paciente).

2. Resto de Tribunales Superiores de Justicia (20 sentencias)

- Desestimatorias: 9
- Estimatorias: 3
- Estimatorias Parciales: 8

Si atendemos únicamente a las sentencias desestimatorias y estimatorias podemos apreciar que la diferencia es notable puesto que de cuarenta sentencias, 20 son desestimatorias lo que supone un 50% y tan sólo 5 estimatorias lo que significa el 12,5%.

Las diferencias se reducen cuando tenemos en cuenta las estimaciones parciales que suponen un 37,5% al alcanzar la cifra de 15 sobre 40.

GRÁFICO 5.

Resto de Tribunales Superiores de Justicia



Sin embargo, apuntar aquí que éste último dato no debe dar lugar a equívocos si entendemos por estimación parcial, una indemnización cercana a lo reclamado.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid las cantidades reclamadas oscilan entre 36.000-420.000 euros, siendo la cuantía máxima concedida de 181.908,28 €.

Igual ocurre en el resto de España, oscilando las reclamaciones entre los 15.000-450.000 euros, reconociéndose una indemnización máxima de 250.675,19 €.

B) Motivos de reclamación

Los motivos de reclamación alegados por los demandantes no son muy variados sino todo lo contrario, pudiendo englobarlos en cuatro grupos muy diferenciados en cuanto al volumen que representa cada uno de ellos.

A efectos de delimitar claramente los motivos de reclamación para poder profundizar en lo que consiste cada uno de ellos, los he diferenciado en cuatro grupos, cuales son:

- *Pérdida de oportunidad.*
- *Ausencia de información.*
- *Daño desproporcionado.*
- *Reintegro de gastos.*

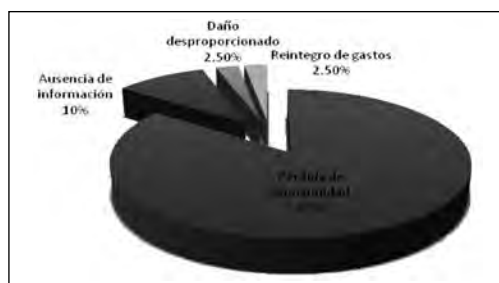
Del total de las sentencias, el porcentaje que representa cada uno de los grupos es el siguiente:

- Pérdida de oportunidad: 85% (alegado en 34 ocasiones).
- Ausencia de información: 10% (alegado en 4 ocasiones).

- Daño desproporcionado: 2,5% (alegado en 1 ocasión).
- Reintegro de gastos: 2,5% (alegado en 1 ocasión).

GRÁFICO 6.

Motivos de reclamación

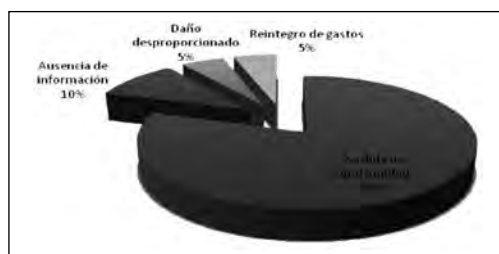


En la Comunidad de Madrid (20 sentencias):

- Pérdida de oportunidad: 80% (alegado en 16 ocasiones).
- Ausencia de información: 10% (alegado en 2 ocasiones).
- Daño desproporcionado: 5% (alegado en 1 ocasión).
- Reintegro de gastos: 5% (alegado en 1 ocasión).

GRÁFICO 7.

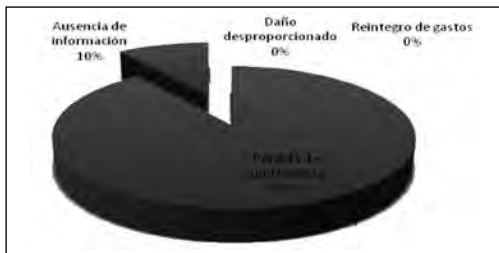
Motivos de reclamación: Madrid



En el resto (20 sentencias):

- Pérdida de Oportunidad: 90% (Alegado en 18 ocasiones).
- Ausencia de información: 10% (Alegado en 2 ocasiones).

GRÁFICO 8.
Motivos de reclamación: resto



Como vemos la principal causa de reclamación viene encabezada de manera notoria por la pérdida de oportunidad debiendo entender aquí incluida, todas aquellas negligencias omisivas que impidió que el cáncer fuera correcta y tempranamente diagnosticado a juicio del paciente-reclamante o de sus familiares.

Interesa en este punto entrar en el fondo de cada uno de estos cuatro motivos de reclamación; en qué se fundamenta cada uno de ellos.

B.1) Pérdida de oportunidad

Como he apuntado en la introducción, en la materia que nos ocupa, determinar la relación de causalidad no es tarea fácil dado el progreso tan vertiginoso de la ciencia médica, lo que incide directamente en la posibilidad o no de haber determinado de manera acertada y en un momento anterior en el tiempo una enfermedad, permitiendo su curación o minimizado sus consecuencias.

Al igual que muchas otras enfermedades, en el cáncer de mama es fundamental un diagnóstico precoz resultando necesario para ello, emplear todos los medios que la ciencia pone a nuestro alcance.

Esa tardanza en el diagnóstico por no emplear todos los medios personales y materiales disponibles, actualmente, constituye, como hemos visto, el principal motivo de reclamación, debiendo dejar claro que no se reclama a la Administración como supuesta responsable del cáncer de mama finalmente padecido pues aquella no ha originado la enfermedad pero sí en cambio, el no haber puesto todos los medios a disposición del paciente para evitarlo, perdiendo de esta forma la oportunidad de haberse curado o de reducir lo máximo posible las consecuencias de la enfermedad.

En este sentido debemos poner de manifiesto lo preceptuado en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que viene a consagrar la llamada *cláusula de los riesgos del progreso*.

De dicha cláusula se hacía eco la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 14 de octubre de 2002: “*La cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y tras puesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1.e) de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la lex artis, entendiéndose por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información*”⁴.

Del empleo de dicha cláusula dan cuenta numerosas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia, que, a fin de evitar el recurso a los términos en ocasiones de difícil caracterización del caso fortuito o la fuerza mayor, recurren a esta terminología. Valga como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, núm. 257/2008, de 4 de marzo, que afirma que “*Son daños indemnizables los que sean evitables con arreglo al estado de conocimientos de la ciencia médica al tiempo de los hechos*”.

Lo anterior equivale a afirmar, que cuando un determinado riesgo no se ha podido prever o evitar en función del estado de la ciencia o de la técnica existente en ese momento, el resultado lesivo producido deviene inimputable a la Administración.

Con la técnica de la pérdida de oportunidad se vienen a salvar las dificultades de la prueba del nexo causal, evitando así la drástica solución a que conduce el modelo causal tradicional: *el todo o nada*.

El surgimiento y consolidación de la teoría de la pérdida de oportunidad se debe a muchas razones, pero, sin duda, una de las más importantes es la toma de conciencia, de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado y de que sólo puede expresarse en términos de probabilidad⁵.

Se ha acabado imponiendo el criterio de que el conocimiento empírico, no permite saber con absoluta certeza si un hecho, como el hecho causal es verdadero; pero sí intentar hallar su grado de probabilidad a partir de los elementos de juicio disponibles y determinadas pautas de racionalidad⁶.

En el mundo anglosajón, el ejemplo clásico a partir del cual se explica la figura se refiere al juego de lotería o similares y en el entorno francófono, a las competencias hípicas. El primero es el de la víctima que compra un cupón de lotería, con premio

de 10.000 \$, que el organizador de la rifa debe colocar en un sombrero. Se extrae un cupón que no es el de la víctima, descubriéndose después que éste no llegó a introducirse. No puede afirmarse que el organizador propiciara la pérdida de esos 10.000 \$ porque, en cualquier caso, era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia⁷. El segundo ejemplo es el del transportista de un caballo de carreras que llega tarde al hipódromo, cuando la competición ya se inició; no puede afirmarse que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque era improbable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo⁸.

En los Estados Unidos, las jurisdicciones que invocan la teoría de la pérdida de oportunidad lo hacen sólo en casos de daños personales producidos en el ámbito médico. El antecedente de esta jurisprudencia es la sentencia resolutoria del caso *Hicks vs United States* (1966). Se refiere a un paciente que acudió al médico de la United States Naval Amphibious Base por sus frecuentes vómitos y sus fuertes dolores abdominales. Después de diez minutos, el doctor diagnosticó gastroenteritis, recetándole determinados medicamentos. De vuelta a casa el paciente comenzó a vomitar, desvaneciéndose. El personal de la United no logró reanimarle. El fallecido sufría una oclusión intestinal que fue mortal por no tratarse a tiempo. La United Court of Appeals for the Fourth Circuit estimó que la conducta médica fue negligente y que sacrificó una oportunidad substancial de sobrevivencia (substantial possibility of survival)⁹.

En España, nuestros juzgados y tribunales invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal.

Sin embargo, bien podemos afirmar una vez analizadas las sentencias, que existen, como bien señala el Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Luis Medina Alcoz, *dos tendencias antiéticas, una tradicional, que parece estar superándose y que parece inspirarse en el paradigma mecanicista newtoniano para rechazar la indemnización de daños ciertos ante la presencia del más mínimo resquicio de duda; y otra nueva, que parece estar imponiéndose y que admite la relatividad del conocimiento humano para reparar daños aún sin la prueba patente del nexo causal.*

Un claro exponente de estas dos tendencias es, de un lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Canarias de las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de marzo de 2006, rec. 81/2005, y de otro, la Sentencia del Tri-

bunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 5 de octubre de 2005, rec. 375/2003.

En ambos casos se reclama la falta de un diagnóstico precoz motivado en la ausencia de las pruebas necesarias para la detección del cáncer.

En el caso del TSJ de Madrid se desestima la reclamación argumentando *que ningún perjuicio se ha causado a la paciente por parte de la sanidad pública al no haber dado a ésta la oportunidad de poner a aquella el tratamiento y los medios adecuados*, cuando se trata de una paciente que ante el crecimiento del nódulo y la demora en la realización de las pruebas necesarias decide acudir a la medicina privada detectándose el cáncer de mama.

La Sección 8ª reconoce que la actuación de la sanidad pública no fue correcta, sin embargo arguye que *la paciente al tener constancia de lo que se le había dicho en la sanidad privada debió volver a la sanidad pública a exponer lo que había sucedido y la necesidad del nuevo tratamiento.*

De modo que la Sección entiende que la falta de actuación por parte de la sanidad pública se ha visto corregida por el buen hacer de la paciente que acude a la sanidad privada, pero que no obstante, *actúa negligentemente al no volver a la sanidad pública no existiendo perjuicio alguno de los servicios públicos.*

En el otro extremo se sitúa el parecer del TSJ de Canarias de las Palmas de Gran Canaria en la sentencia de 10 de marzo de 2006 arriba referida, en la que reprocha duramente el mal hacer de la sanidad pública estimando totalmente las pretensiones de los demandantes.

En dicha sentencia al igual que la anteriormente comentada, la paciente acude a un centro privado ante la demora en la realización de pruebas diagnósticas.

Sin embargo, el pronunciamiento de la Sala es totalmente distinto y haciéndose eco de lo establecido por el Juzgador a quo concluye *afirmando la deficiente asistencia primaria recibida, que no descubrió con los medios a su alcance, sin duda, suficientes para ello, la enfermedad que aquejaba la paciente, y que pudo detectar en un momento previo, lo que quizá hubiera conducido a un resultado distinto de haberse producido un diagnóstico anterior de la situación.*

Ambas sentencias son un claro ejemplo de la diversidad de criterios y pareceres que existen entre nuestros órganos jurisdiccionales, sin embargo me atrevo a decir, fijándome en la sentencia del TSJ de Madrid aludida y al pronunciamiento de la Sección, que no sólo hay una ausencia de homogeneización de criterios sino que en algunas ocasiones hay un tendencia proteccionista para con la Administración

que redundan en una inobservancia de los derechos de los ciudadanos, que en ocasiones no tiene respaldo jurídico alguno.

La doctrina de la oportunidad perdida tiene entrada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a través de la Audiencia Nacional. Desde que en el año 2002 admitiera por primera vez la resarcibilidad de la oportunidad de curación o sobrevivencia¹⁰, la Audiencia Nacional aplica la teoría de la *chance* con bastante rigor y mucha frecuencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria¹¹.

Según precisa A. Benabent¹² la doctrina de la pérdida de oportunidad es un cálculo de probabilidad.

Desde mi humilde opinión entiendo que empieza a plantearse como una probabilidad puesto que en casos como el padecimiento de un cáncer de mama es prácticamente imposible aseverar al 100%, que de haber sido diagnosticado unos meses antes se hubiese podido evitar el fallecimiento o la mastectomía.

Sin embargo entiendo que aun cuando es imposible saber lo que habría pasado si el actuar hubiera sido otro, partiendo del resultado final acaecido y echando la vista atrás y una vez analizada la prueba pericial y los protocolos de actuación, esto es, una vez realizada una correcta instrucción, sí podemos saber con el suficiente grado de convicción si el actuar de los facultativos ha desembocado o no en una oportunidad perdida, por lo que la probabilidad inicialmente existente deja de ser tal, para convertirse en certeza en lo que se refiere a la oportunidad perdida pero no así en el resultado final.

La Administración demandada combate la supuesta pérdida de oportunidad argumentando que *“aunque el cáncer se le hubiera diagnosticado en el momento que indica la actora, su enfermedad no hubiera variado en cuanto a secuelas, días de hospitalización, de tratamiento pues todo es consecuencia del desarrollo de la propia enfermedad que padece y no hubiera variado por su diagnóstico de forma precoz”*¹³.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, de 21 de abril de 2008, rec. 522/2005, sobre tumor no detectado lo que supuso el fallecimiento de una mujer de 45 años, señala lo siguiente:

“No es posible predecir cuál hubiera sido el resultado final de producirse el diagnóstico correcto en el momento oportuno, es decir, si las consecuencias del retraso hubieran sido las mismas u otras bien distintas, pero no cabe duda de que la paciente hubiera

tenido más oportunidades de evitar su fallecimiento, o bien de que el tumor evolucionara de forma diferente a como lo hizo y, es ese retraso en el diagnóstico y en el tratamiento, lo que debe calificarse como funcionamiento anormal del servicio del que se hace responsable a la administración, criterio este de pérdida de oportunidades de recuperación, que también tiene en cuenta el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 18 de octubre de 2005”.

De otro lado no son pocos los pronunciamientos judiciales, en los que a pesar de reconocer que ha existido un retraso en el diagnóstico no contempla la concurrencia de la oportunidad perdida, al entender que dicho retraso en nada ha influido al proceso de la enfermedad y a unas mejores expectativas de curación o supervivencia¹⁴.

De modo que de un lado, nos encontramos con un criterio interpretativo (pérdida de oportunidades de recuperación) en el que basta acreditar la pérdida de oportunidad sin tener en cuenta el resultado final dado que no es predecible, y de otro no basta con acreditar tal pérdida sino que asimismo debe demostrarse que de no haber existido, el resultado habría sido distinto.

B.1.1) Importancia de la prueba pericial

Debemos recordar que la naturaleza jurídica de la obligación extracontractual del médico no es obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica, por lo que la ausencia de pruebas diagnósticas o el retraso en la realización de las mismas implican que todos los medios que la ciencia médica pone a disposición del facultativo no han sido empleados incumpliendo de este modo la obligación de medios que le es propia.

Para poder determinar si esos medios debían haber sido adoptados debemos acudir a la *lex artis* aplicable al caso, que será la que nos diga si los conocimientos profesionales empleados al caso analizado han sido los correctos.

Para ello resulta fundamenta la labor de los peritos médicos pues como bien señalan los Tribunales *“Las alegaciones sobre negligencia médica corresponde acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica por lo que este Tribunal al carecer de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en pruebas periciales”*¹⁵.

De modo que resulta imprescindible contar con buen perito médico especializado en la patología objeto de litigio, debiendo ilustrar al Tribunal a efectos de obtener un pronunciamiento favorable, pero respetando siempre la verdad sobre el problema legal.

El avance de la medicina hace que la verdad sobre un determinado asunto pueda sufrir modificaciones a lo largo del tiempo de modo que lo que hace diez años no ofrecía dudas acerca de un imposible actuar negligente por parte del facultativo actualmente permita plantearlas, de ahí la importancia de que el perito posea un profundo conocimiento de la materia que es debatida en el procedimiento judicial y ser capaz de responder a las dudas que puedan surgir, pues de lo contrario no sólo iría en contra de los intereses del demandante o demandado al carecer de los conocimientos técnicos precisos lo que redundará en una pérdida de credibilidad, sino que además puede que ni siquiera sea tenido en cuenta su dictamen pericial por el juzgador.

Sirva de ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sal de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 3 de julio de 2009, rec. 1079/2004:

“La actora apoya su pretensión con el informe médico de un experto en valoración del daño corporal.

A este respecto la Sección manifiesta que siendo la especialidad de este médico la de valoración del daño corporal, no es la más adecuada para emitir un informe pericial adecuado a la materia objeto de este pleito”.

Sin embargo nada dice la Ley de Enjuiciamiento Civil que se limita a señalar en su art. 340, que el perito debe tener el título oficial de la materia que esté relacionada con el litigio, no exigiendo que este especializado en el área al que pertenece el problema a tratar, no obstante se antoja como lógico y evidente si de una buena prueba pericial queremos valernos.

De las sentencias analizadas llama la atención la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 5 de mayo de 2005, rec. 358/2000, al ser la única en que la parte actora es un hombre y no una mujer.

Al igual que en la mayoría de las sentencias, el motivo de reclamación es un retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer pero con la particularidad de que se trata de un hombre, lo que incidió de lleno en la prueba pericial resultando ser el componente sexual, determinante. Así el informe pericial sostiene que *“la evolución probable entre uno y tres meses es admisible en relación con el cáncer de mama*

en la mujer pero que dada la rareza y la atipicidad con que se presenta este tipo de tumores en hombres, puede tener una evolución poco coincidente con los distintos casos referidos en la bibliografía de la especialidad”.

Atendiendo al informe pericial el Tribunal desestima la demanda, aún cuando el mismo no es muy concluyente en su parecer dado lo extraño del caso, de ahí la importancia para la parte actora de haber contado con un especialista, si lo hay, en cáncer de mama en hombre que hubiera despejado las dudas al respecto y quién sabe, haber obtenido un pronunciamiento favorable.

En sentido contrario se pronuncia en caso similar, cáncer de mama en hombre, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No puedo especificar más datos en cuanto fecha de la sentencia ni Sección que la emite, ya que la información la he obtenido de un recorte del periódico generalista *20 Minutos* en su publicación de 23 de abril de 2010, sin que en la misma se den dichos datos y no me ha sido posible obtenerlos por otras vías. La noticia dice lo siguiente:

“Multan a Sanidad por permitir que un cáncer se extendiera

Una sentencia del TSJM obliga al Servicio Madrileño de Salud (Sermas) a pagar una indemnización de 200.000 euros por no tratar adecuadamente un carcinoma de alto grado que acabó con la vida de un hombre. El paciente acudió al médico en 2001 por un bulto en el pecho y le diagnosticaron una ginecomastia (volumen excesivo de las mamas en el hombre) no maligna. Un año después, al crecer el bulto, fue al Puerta de Hierro, donde le diagnosticaron el cáncer de mama que derivó en metástasis. Falleció en 2006.”

Si bien no podemos hacer una comparación en profundidad entre ambas sentencias al carecer de datos suficientes, con esta noticia ponemos de relieve que la pérdida de oportunidad motivada por el error en el diagnóstico y en su retraso ha sido igualmente valorada como si de una mujer se tratara, sin mención alguna a la rareza y atipicidad de la enfermedad, probablemente debido a una buena prueba pericial.

B.1.2) Los protocolos médicos

Al igual que la prueba pericial los protocolos médicos constituyen medio probatorio para esclarecer si la actuación del facultativo se ajustaba o no a la *lex artis*, adquiriendo por consiguiente especial relevancia.

Como señala la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona de fecha 21 de junio de 2000 *“La protocolización de los procedimientos de diagnóstico y terapéutico, médicos, plasmación documental de directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria, constituye un valioso instrumento para el juez a la hora de decidir sobre la adaptación de la actuación médica a la Lex Artis, no obstante su carácter orientativo opera como pauta o recomendación dirigida a los profesionales de la sanidad, pudiendo ser acogida por el órgano jurisdiccional para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto que se plantea”*

Hinojal Fonseca y Galán Cortés definen el protocolo como el método científico con alta rentabilidad asistencial, docente e investigadora, que fija por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica, aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas¹⁶. El protocolo ofrece así al médico una mayor seguridad de aplicar al enfermo el procedimiento diagnóstico y terapéutico más correcto, acelera el proceso de toma de decisiones y le da respaldo jurídico ante posibles reclamaciones judiciales¹⁷.

A pesar de que carecen de obligatoriedad jurídica pues se trata de reglas técnicas que operan como pautas de actuación, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia les ha otorgado llegando a identificarse en algún caso con la propia lex artis, de modo que si la actuación del médico se ajustaba al protocolo se ajustaba igualmente a la lex artis¹⁸, y viceversa¹⁹.

Debe tenerse en cuenta dada su relevancia en el procedimiento, el justo valor que debe darse al protocolo pues como señala Barreiro estos documentos son confeccionados a veces por importantes sociedades científicas de ámbito nacional, en otros casos por expertos de un área de sanidad de un centro hospitalario, de un servicio concreto, mientras que en otras ocasiones son simples notas de servicio interior de los jefes de servicio²⁰.

De ahí que para la valoración del alcance y virtualidad de los protocolos deban ser tenidos muy en cuenta sus presupuestos. Particularmente deberá tenerse en cuenta²¹:

- El grado de difusión, en cuanto que el juicio de autoridad que es implícito al mismo ganará mayor o menor fuerza en función de aquél.
- La relación con el agente y particularmente la existencia de una relación de dependencia y en su caso de especialidad entre quienes concurren a la intervención.

- El grado de dificultad de la técnica empleada, debiéndose entender que cuanto mayor sea éste, menor será el ámbito de discrecionalidad.
- Las circunstancias del caso concreto.

Sin quitarle la importancia que le corresponde siempre y cuando reúna los presupuestos antedichos, no debe otorgarse al protocolo el carácter de norma jurídica y adoptarlo como único punto de referencia para discernir si se actuó bien o mal, siendo cierto que no dejan de ser reglas técnicas adoptadas por un colectivo especializado en una materia compleja que carecen de eficacia normativa, debiendo ser tenidos en cuenta como una justicia de mínimos pero no así como el único parámetro correcto de actuación a tener en cuenta, resultando necesario analizar caso por caso.

B.2) Ausencia de información

Este motivo de reclamación, alegado en 4 ocasiones, se circunscribe a aquellos casos en los que la parte actora entiende que no ha sido informada de los riesgos de la operación.

Sobre esta cuestión adquiere esencial relevancia la figura del consentimiento informado.

Resulta adecuado poner de manifiesto su evolución, para así hacernos una idea de la importancia que ocupa actualmente en nuestro ordenamiento jurídico de la que se hace eco nuestra jurisprudencia.

Los antecedentes legales del Consentimiento Informado en España se remontan a hace más de 30 años, con la promulgación, en 1972, del Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Este documento establecía que los pacientes tenían el derecho a autorizar las intervenciones quirúrgicas o los procedimientos terapéuticos que pudieran implicar un riesgo notable o previsible para la salud.

Seis años después, en 1978, el Real Decreto 2082/1978 sobre las Garantías de los Usuarios de Hospitales Públicos enumeró los derechos de los pacientes. Entre ellos figuraba que los hospitales y su personal tenían la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del enfermo para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave peligro para su vida; no obstante, esta nueva disposición tampoco aludía en absoluto al derecho de la información ni contemplaba la idea del consentimiento como proceso.

En 1984, la Carta de Derechos y Deberes del paciente de INSALUD establecía que el *“paciente o su representante”* tenía derecho *“a recibir información*

completa y continuada, verbal y escrita, sobre todo lo relativo a su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y riesgos y pronóstico, que será facilitada en un lenguaje comprensible".

Así por primera vez, en la legislación sanitaria española aparece la idea de información pero no hay, sin embargo, una mención expresa al derecho al consentimiento.

También en 1984 se promulgó la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establecía el derecho a recibir una información correcta sobre los diferentes productos o servicios que deberían incluir los riesgos previsibles.

Finalmente, los derechos de los pacientes se hicieron oficiales con la promulgación, en abril de 1986 de la Ley General de Sanidad, en la que el derecho al consentimiento informado aparece desglosado en el artículo 10 en los puntos 5, sobre el derecho a la información, 6 sobre el derecho al consentimiento, y 9 sobre el derecho a rechazar el tratamiento.

Posteriormente, 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 (LAP) cree necesario ampliar y matizar estos derechos, reglamentando cuestiones que la Ley General de Sanidad de 1986 trataba de forma insuficiente, como el derecho a la información sanitaria, el consentimiento informado, la documentación sanitaria, la historia clínica y demás información clínica.

El consentimiento informado (CI) se encuentra definido en el artículo 3 de la LAP, como *"la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"*.

De la mentada definición se desprende que el paciente tiene la última palabra en lo concerniente a su salud dejando de lado la figura paternalista que ha presidido la relación médico-paciente, sentando de manera clara el derecho de autodeterminación de éste último, resaltando la importancia de una correcta información porque conforme a la misma el paciente va a decidir.

De este modo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente.

El Tribunal Supremo Sala 1ª ha catalogado el CI como un derecho humano fundamental, como muestran las sentencias de 11 de enero y 11 de mayo de 2001 en las que establece que forma parte del *"derecho a la libertad personal, a decidir por sí mis-*

mo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo", y que es *"consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia"*.

Las sentencias analizadas en las que se alega falta de información son las siguientes:

- STSJ de Galicia, Sala C-A, Sección 1ª, de 14 de septiembre de 2005, rec. 1035/2002.
- STSJ de Madrid, Sala C-A, Sección 9ª, de 22 de marzo de 2007, rec. 2431/2003.
- STSJ de Cataluña, Sala C-A, Sección 4ª, de 13 de abril de 2007, rec. 1308/2003.
- STSJ de Madrid, Sala C-A, Sección 9ª, de 9 de mayo de 2007, rec. 41/2004.

De las cuatro sentencias destacar que en todas el fallo es estimatorio parcial, y que en tres de ellas (todas menos la de Galicia) la intervención médica fue correcta ajustada a la *lex artis*, sin embargo en ninguna de ellas se informó a la paciente con la claridad exigida de los aspectos que rodeaban la intervención.

Un ejemplo de la necesidad del consentimiento informado, de su trascendencia, la encontramos en la sentencia de 22 de marzo de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9ª que establece *"que el consentimiento de la paciente pudiera haber sido suplido en este caso si la necesidad de la mastectomía surgió, de forma insospechada, en el curso de la operación, por el de sus familiares que se encontraban en la antesala del quirófano"*.

Posibilidad ésta que recoge el artículo 9.3 de la LAP:

"Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho."*

En las citadas tres sentencias se da la circunstancia de que no existe documento de CI, correspondiendo a la Administración probar que la actora fue informada verbalmente.

Sobre esta cuestión la sentencia 2/2009, de 21 de enero del Tribunal Supremo Sala 1ª de lo Civil establece:

"La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la

información tiene mero valor ad probationem, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en 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 de 2003, que debe al menos "quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte"; doctrina, por 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 readicionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios".

En la sentencia de 14 de septiembre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 1ª, la situación es distinta pues existe CI escrito pero al ser tan genérico resulta estéril para el fin que les es propio, informar adecuadamente.

Así, la citada sentencia señala que *"no puede ser considerada la plexopatía ocasionada como una lesión no antijurídica y que en consecuencia, la recurrente tenga el deber jurídico de soportar y ello ni siquiera en base a la mención en la hoja de consentimiento informado a la posibilidad de lesiones nerviosas que no especifica, pues de las periciales practicadas es claro que se trata de una lesión previsible y evitable que aquel documento califica de rara aunque grave"*.

A la vista del pronunciamiento de la Sección no podemos equiparar el CI con un salvavidas al que los facultativos puedan agarrarse siempre que se ponga en tela de juicio su intervención, pues como hemos visto surge la responsabilidad aún cuando la intervención es correcta y también aún cuando existe el documento de CI, malentendiendo que basta la simple firma del paciente para cumplir con el trámite legal, siendo prueba suficiente de que el enfermo fue correctamente informado de los riesgos y ventajas de la intervención así como de otras alternativas y de que el paciente ejerció su libertad y autonomía.

Sin embargo en el CI confluyen dos elementos claves²²:

- Volitivo (querer): el consentimiento.
- Cognitivo (saber): la información.

Dicho en otros términos²³:

- Criterio volitivo: que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.
- Criterio cognitivo: que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.

En las sentencias antes enumeradas se puede apreciar que existe consentimiento (STSJ de Galicia) y que puede haber existido información verbal (otras tres sentencias), pero en ninguno de los casos se aprecian ambos elementos.

Cuestión distinta es la de saber si la ausencia de información es causa suficiente para dar lugar a una indemnización.

A este respecto debemos diferenciar dos corrientes jurisprudenciales:

De un lado aquella que sostiene que aún cuando la falta de consentimiento informado constituya una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente. En estos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 21 de noviembre de 2006:

"Que aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad."

En este caso no se indemniza daño alguno, ni físico al no haber existido vulneración de la lex artis en la intervención médica ni moral al entender que es preciso que se de el primero para apreciar el segundo no admitiendo una vulneración aislada del CI, como un incumplimiento de la lex artis generadora de responsabilidad.

De otro lado nos encontramos con sentencias que indemnizan la ausencia de información, sin que

concurra una errónea actuación médica, como daño moral.

Sirva de ejemplo la importante sentencia del **Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de fecha 4 de abril de 2000**. Fundamento de Derecho Quinto:

“La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

Según el magistrado D. Ricardo Rodríguez Fernández²⁴ ésta última línea jurisprudencial es minoritaria. Sin embargo en las sentencias aludidas, es el criterio que se ha seguido en todas y con el que estoy plenamente de acuerdo, pues al no darse los dos elementos arriba referenciados, a los que muy acertadamente alude D. Javier Sánchez-Caro, resulta vulnerado el derecho de autodeterminación del paciente lo que redundará en una pérdida de oportunidad de decisión legalmente garantizada, previsto como tal derecho del paciente y en consecuencia susceptible de protección a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de LAP, a la vez que supone un incumplimiento de la obligación de información que recae sobre el personal sanitario de conformidad con el artículo 2.6 de la meritada ley.

En este sentido comparto el parecer al respecto de D. Mariano Medina Crespo²⁵ *“la falta de información al paciente de los riesgos que conlleva una determinada intervención médica constituye una vulnera-*

ción de la lex artis in edocendi. A tal vulneración puede unirse la de la lex artis in operando” sin que sea necesario que exista la segunda para que quepa apreciar la primera pues como bien señala, estaríamos ante una solución extrema del *todo o nada*.

B.3) Daño desproporcionado

El presente motivo de reclamación fue alegado en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 11 de mayo de 2005, concretándose en la elevada toxicidad en el tratamiento con la quimioterapia suministrada.

Si bien la sentencia no es de especial interés por la falta de fundamentación en los argumentos de la parte actora, sirve de pretexto para dar unas pequeñas pinceladas en torno a lo que se entiende por daño desproporcionado también llamada culpa virtual.

El Tribunal Supremo²⁶ establece que estamos en presencia de un daño desproporcionado cuando *el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 sostuvo que *el daño médico desproporcionado es aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional*.

D. Juan Siso Martín²⁷ lo califica de error inexcusable, *caracterizado por la infravaloración del bien jurídico violado, merced al desdén y a la indiferencia con que el agente contempla la vida, la integridad corporal o el patrimonio de sus semejantes, a los que con egoísmo singular no trata, en sus acciones u omisiones de preservar a todo trance como procedería en cualquier eventualidad*²⁸.

La realidad originada por la incomprensible actuación sanitaria incide directamente en la carga de la prueba. Si anteriormente hemos visto que corresponde al demandante probar los hechos causantes de la lesión es ahora al facultativo a quien corresponde explicar, justificar, probar que el daño producido no es consecuencia de un mal actuar suyo o mejor dicho de un error inexcusable. De modo que se invierte la carga de la prueba alterándose de este modo los cánones generales sobre el onus probandi de la relación de causalidad y la presunción de anormalidad en el funcionamiento del servicio.

El demandante se encuentra en un escenario en el que le resulta más fácil probar la vulneración de la *lex artis* pues el resultado habla por sí mismo, lo que se corresponde con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa

habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, debe responderse por el resultado lesivo, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Así como bien dice D^a María Jesús Gallardo Castillo²⁹, “*esta doctrina no se mueve en el plano de los medios probatorios. No se trata de una prueba de presunciones, sino de una deducción a sensu contrario: ese resultado aparece incompatible con las consecuencias de una terapia normal, y de la anormalidad de dichas consecuencias de dichas consecuencias puede razonablemente deducirse (es decir, se presume prima facie) que el médico no ha actuado con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente (2no es posible que no se haya incurrido en desviación de la lex artis)*” pues si no se hubiere incurrido en ninguna anormalidad, la consecuencia lesiva no se hubiera producido”.

Los criterios que han de concurrir para que pueda apreciarse esta doctrina son los siguientes³⁰:

- Que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente,
- Que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y
- Que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

En definitiva, lo que ocurre en la doctrina del daño desproporcionado, es una presunción desfavorable al buen hacer exigible, esperado y propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público justificando su adecuada actividad si pretende exonerarse de responsabilidad³¹.

A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 11 de julio de 1996, destaca *que para llevar a cabo un certero deslinde y ubicación de la acción culposa enjuiciada, es preciso conocer siempre todos los condicionantes y circunstancias que concurren en los hechos desde una doble óptica esencial: el grado de poder de previsión (“poder saber”) y el grado de infracción del deber de cuidado (“deber evitar”).* Se recuerda también, que la infracción del deber de cuidado (y el error en el que se ha incurrido) es más inexcusable y grave cuanto mayor sea el riesgo generado por esa infracción.

A título de ejemplo, podemos reseñar los siguientes casos de daño desproporcionado: mujer joven que se somete a un aborto y a la que se le extirpa el útero (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2001, rec.987/1997); mujer a la que se le practica una operación de cataratas y pierde el ojo (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999, rec. 875/1995); fallecimiento del paciente cuando se le estaba preparando para ser anestesiado antes de someterse a una intervención quirúrgica por apnea del sueño (Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2003, rec. 483/2001); intervención quirúrgica de juanetes con resultado de muerte por infección de tétanos (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998, rec. 2159/1994).

B.4) Reintegro de gastos

Es en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de contencioso-administrativo, Sección 8^a, de 12 de febrero de 2008, rec. 48/2005, en la única de las analizadas en la que la parte actora además de reclamar una indemnización por daños morales, solicita el reintegro de gastos médicos.

En la citada sentencia la actora manifiesta, que como consecuencia de la desasistencia previa y la notable pérdida de tiempo se vio obligada a desplazarse a una clínica privada con el consiguiente pago de las cantidades que han debido abonarse.

Planteada la cuestión, debemos tener en cuenta que las circunstancias que han de darse para poder solicitar el reintegro de gastos médicos son varias, han de concurrir a la vez y se encuentran tasadas en la normativa que resulta de aplicación.

Así la normativa aplicable se encuentra conformada básicamente por los artículos 102 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, art.17 de la Ley General de Sanidad y art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Atendiendo a dicho articulado cabe el reintegro en aquellos casos en que la asistencia sanitaria sea urgente, inmediata y de carácter vital a lo que debe acompañar la imposibilidad de utilizar adecuadamente los servicios sanitarios públicos.

La normativa anterior³² era más amplia, pues no sólo contemplaba este caso sino que además contemplaba la posibilidad de reclamar cuando la Administración sanitaria denegaba de manera injustificada la asistencia.

Ahora la cuestión controvertida surge a la hora de determinar qué se entiende por asistencia urgente, inmediata y de carácter vital.

Se debe considerar vital no tanto cuando esté en juego la vida del paciente como cualquier órgano o función necesaria para llevar a cabo las más imprescindibles actividades del ser humano.

Es urgente cuando es necesario acometer la intervención o el tratamiento con prontitud, pues en caso contrario se perjudicarían las posibilidades médicas de éxito, bien por complicaciones del proceso, bien por someter al paciente a sufrimientos importantes. La inmediatez es la plasmación en el tiempo del carácter acuciante de la urgencia³³.

En el caso concreto de la sentencia analizada entiendo correcto el fallo desestimatorio, dado que la paciente en pleno proceso diagnóstico decide voluntariamente acudir a la sanidad privada.

Sin embargo, la cosa se complica cuando nos encontramos en una situación que no siendo en un principio urgente, vital e inmediata acaba siendo tal consecuencia de un retraso indefinido.

Me estoy refiriendo a aquellos casos de inclusión en una lista de espera intolerante que como señala D. Juan Siso Martín³⁴ puede constituir tanto una denegación injustificada de asistencia, como abocar a una situación de urgencia vital, en el amplio concepto de pérdida sensible de calidad de vida a consecuencia de una dolencia física grave e irreversible.

En este sentido D. Juan Siso Martín recoge en su libro el caso "de un paciente con retinopatía diabético-proliferativa a quien en junio de 1993, en el hospital de Móstoles, en Madrid, se le prescribió la necesidad de una vitrectomía con carácter preferente para la que se le remitió al hospital Ramón y Cajal en su calidad de centro especializado en estas intervenciones.

En este centro se confirmó el diagnóstico y se aconsejó una vitrectomía inmediata, pero resultaba imposible realizarla por la larga lista de espera. Tampoco se pudo realizar en el hospital La Paz, pues su aparato de endoláser estaba estropeado, por lo que se le incluyó en lista de espera indefinida.

Ante semejante panorama, el paciente acudió a la Clínica Barraquer de Barcelona, donde fue intervenido una semana más tarde, y pasó al Insalud una factura por valor de 1.212.156 pesetas, que el organismo se negó a abonar al no haber autorizado la intervención.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estableció en segunda instancia que tal autorización no era necesaria porque se trataba de un supuesto de urgencia vital, considerando como tal...*la posibilidad cierta y próxima de un daño irreparable para la integridad física*".

El fallo confirma en todos sus extremos el pronunciamiento en primera instancia, en que el juez subrayó esta misma idea: "*Cuando la necesidad de la intervención se aparece como inmediata, aún sin llegar a los caracteres extremos de la urgencia vital, la inclusión en listas de espera indefinidas constituye una denegación injustificada de asistencia, ya que de otro modo se vaciaría en gran medida de contenido el derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social*".

En estos supuestos resulta un factor determinante el tiempo transcurrido asociado a la patología del paciente, pues dependiendo de la espera y de los efectos que la misma tiene en un empeoramiento de la patología cabe estimar o no la reclamación.

Debemos tener claro que la reclamación del reintegro de gastos al entender el paciente que se dan los requisitos que fija el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, se tramita ante la jurisdicción social siendo diferente de aquellos casos en los que el retraso en la lista de espera ocasiona daños al paciente lo que puede dar lugar a responsabilidad patrimonial, habiendo señalado el Tribunal Supremo que "*La problemática de las listas de espera en los centros hospitalarios públicos no puede amparar la negligencia profesional incurrida por la inadecuada y desatenta asistencia al enfermo*".

No obstante la interpretación del precepto aludido por parte de nuestros tribunales no es laxa, sino todo lo contrario, exigiendo que confluyan todos las circunstancias que establece el artículo 5.3, incluida la necesidad de agotar todas las posibilidades de tratamiento en centros del sistema nacional de salud.

C) Valoración del daño

Como apunté al principio del presente trabajo, las cantidades concedidas a los demandantes por los diferentes Tribunales son muy dispares aún cuando en la inmensa mayoría de los casos analizados las consecuencias de las lesiones sufridas son prácticamente las mismas, lo que a mi juicio entraña una cierta inseguridad jurídica al estar en manos de los jueces y tribunales no sólo el determinar si ha existido un daño susceptible de ser indemnizado sino que además a ellos corresponde fijar la cuantía económica con la que resarcir el mismo, sin existir como veremos, un criterio unificado de valoración pudiendo hacer uso aquí de la frase ¿quién da más?

Es en el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administra-

tivo Común donde se establecen los daños que son indemnizables y los criterios que han de tenerse en cuenta para calcular la indemnización.

C.1) Daño indemnizable

En lo que se refiere a los daños que pueden ser objeto de indemnización, debemos entrar de lleno por la materia que nos ocupa en el daño moral.

Del conjunto de las sentencias analizadas podemos afirmar que la indemnización del daño moral, el *pretium* o *pecunia doloris*, es indiscutible. Llegándose a respaldar que la indemnización del daño moral se contempla legalmente en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992 al referirse a los daños “físicos o psíquicos”³⁵.

El Consejo de Estado se ha referido a los daños morales en múltiples ocasiones. Señala así: “*Los daños morales admiten muy diversas manifestaciones pero se refieren, con carácter general, a perjuicios que los interesados sufran en su honor, honra, estima y consideración personal, familiar, profesional, social y cívica, por lo que deben ser objeto de apreciación y, en su caso, de cuantificación individualizada en cada caso*”³⁶.

Dejado sentado que el daño moral puede ser objeto de indemnización en caso de ser apreciado, debemos tener en cuenta que la reparación de ese daño debe ser total.

En la inmensa mayoría de los casos analizados se alega una pérdida de oportunidad, lo que supone un plus de dificultad a la hora de cuantificar esa oportunidad perdida. La doctrina ha centrado la indemnización en tal concepto en conexión con la probabilidad de la causalidad, estableciendo que “*forma parte de la esencia de la pérdida de oportunidad el que el importe indemnizatorio ha de ser inferior al que correspondería a la íntegra reparación del daño final*”³⁷.

No comparto mi opinión al respecto, pues si de la pérdida de oportunidad ha surgido un daño el mismo ha de ser indemnizado íntegramente como establece la Ley 30/1992, que no hace diferencias al respecto en su artículo 139 cuando dice en su apartado primero que “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

Así que una vez demostrada que la oportunidad perdida ha sido consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, la misma debe indemnizarse como tal daño autónomo y no, de manera moderada partiendo del reflejo del daño final.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo que no contempla tal concepto como moderador de la indemnización, otorgando una determinada indemnización “*con independencia de cuales hubieran sido los resultados finales del tratamiento*”³⁸.

Este fue el criterio seguido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de las Palmas de Gran Canaria, Sala C-A, de 10 de marzo de 2006, en recurso de apelación así como en la sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala C-A, Sección 9ª, de 21 de abril de 2008 y 9 de junio de 2009 (resumen de ambas figura en el Anexo I y II del presente trabajo), donde se indemniza la pérdida de oportunidad con independencia de que el resultado final hubiera sido el mismo.

C.2) Cálculo de la indemnización

Éste extremo resulta el auténtico caballo de batalla en lo que a la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria se refiere.

Si acudimos a los criterios de cálculo que establece la norma aplicable, artículo 141.2 de la Ley 30/1992, nos encontramos con que los mismos son baldíos en este campo.

El referenciado artículo nos remite a la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables.

La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, contempla la valoración de obligaciones, acciones y cuotas, concesiones administrativas, derechos reales, arrendamientos, cosechas pendientes u ocupación temporal y el llamado premio de afección, no entrando a valorar daños personales. De modo que de poco puede servir a la hora de calcular una indemnización por daños sanitarios.

De otro lado la legislación fiscal resulta igualmente insuficiente pues se refiere exclusivamente a elementos patrimoniales.

Y por último es en el inciso “demás normas aplicables” donde nuestros órganos jurisdiccionales encuentran una vía de escape no sin polémica.

Sobre esta cuestión el Manual Sobre Responsabilidad Sanitaria³⁹ destaca que no cabe incluir aquí las ayudas otorgadas con arreglo a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de Ayudas a Víctimas de delitos dolosos, ni la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, dado que establecen tales textos un sistema de ayudas, pero de indemnización, que implicaría la sustitución por el Estado en el lugar del causante del daño y, en consecuencia, no establecen un baremo, o valor sustitutivo.

Sin embargo, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, incorpora como Anexo un Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

No son pocas las sentencias que se remiten al citado Sistema para cuantificar el importe de la indemnización que debe otorgarse.

Por lo que nos encontramos con Tribunales que aplican el baremo y otros que no lo aplican, lo que entraña cuanto menos una cierta inseguridad jurídica al no indemnizarse homogéneamente similares responsabilidades médicas.

Esta dualidad de criterios Baremo Sí, Baremo No, no ha sido una excepción en las sentencias analizadas, así por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala C-A, de 2 de abril de 2008 (consta en el AnexoII) que si bien indica que el Tribunal goza de cierta libertad a la hora de valorar el daño, teniendo en el baremo un margen de apreciación, al final termina por aplicarlo. Y de otro lado son muchos los pronunciamientos en los que el cálculo de la indemnización se limita al parecer del juzgador una vez apreciadas las circunstancias concurrentes.

No obstante debe ponerse de manifiesto que es un parecer genérico por los diferentes Tribunales que la aplicación del Baremo lo sea con carácter orientativo. Éste carácter orientativo es destacado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: *“ciertamente los baremos de la Ley 30/1995 y demás normativa complementaria no comporta para este Tribunal de lo contencioso-administrativo sino unos cuadros numéricos orientativos, máxime cuando, como en el presente caso, las indemnizaciones que se reclaman no derivan de un accidente de tráfico”*⁴⁰.

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴¹ que toma como referencia orientativa el baremo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Resulta de interés rescatar un extracto de lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de 11 de marzo de 2008:

“Ciertamente en otros ámbitos distintos existen baremos que permiten una concreción puramente objetiva, pero la aplicación de estos baremos a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración puede resultar discutible, pues aunque se funde en criterios objetivos, debe recordarse que según el art. 141.2 de la citada Ley 30/1992, la valoración debe efectuarse atendiendo a los criterios de valora-

ción establecidos en la legislación de expropiación forzosa, a los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación de valor en mercado.

La misma jurisprudencia Contencioso-Administrativa se muestra vacilante en cuanto a la asunción de este tipo de baremos, por cuanto así como el Tribunal Supremo ha apelado en alguna ocasión a los módulos valorativos referidos o a otros, en otras ha negado su aplicación por entender que “el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una Ley general y con la técnica de la cláusula general... por lo que no cabe... seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas” (SS.21 de abril y 26 de septiembre de 1977; 2 de abril y 3 de diciembre de 1979 ó 18 de febrero de 1980).

En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupa.

Todo ello no obsta, que como ha considerado el Tribunal Supremo es objetivo y razonable el cálculo de la reparación de los daños personales en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante el uso de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor, ahora bien, tal sistema de valoración es de mera referencia con el fin de introducir un criterio de objetividad en la ficción del quantum indemnizatorio, pero sin que aquél tenga que aplicarse puntualmente ni menos deba considerarse de obligado y exacto cumplimiento”.

Lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria evidencia, a mi juicio, que dentro de lo malo lo menos malo es la aplicación del baremo pues si bien no es aplicable para el caso concreto, está impregnado de una objetividad que se desvanecería de no aplicarlo.

De ahí la necesidad de implantar un Baremo específico para el ámbito sanitario que ponga fin a la determinación de la indemnización conforme al prudente arbitrio de nuestros órganos jurisdiccionales, dado el alto componente de subjetividad que ello entraña, en aras de una mayor **seguridad jurídica** tanto para médicos como para pacientes.

A este respecto cabe acoger la recomendación doctrinal⁴² que si bien se refiere a la responsabilidad

civil, sus argumentos a favor del baremo comparto: “La tesis de Pantaleón Prieto, cuyos argumentos resumidos a favor de los baremos oficiales que considero correctos y acertados, siempre que exista un margen de flexibilidad en los baremos atendidas las circunstancias del caso particular, son los siguientes:

- a) *Permiten realizar con adecuado margen de certidumbre previsiones sobre la cuantía de las indemnizaciones.*
- b) *Su aplicación consigue el trato igual para los casos iguales.*
- c) *Son necesarios para mantener las indemnizaciones, y en consecuencia las primas de los seguros de responsabilidad civil, en niveles razonablemente moderados”.*

3. Conclusión

Después de analizar las diferentes sentencias y exponer los criterios interpretativos de nuestros órganos jurisdiccionales, la respuesta a las tres preguntas que lanzaba al aire al inicio del trabajo, cuales eran:

- ¿Se mide en términos similares la responsabilidad del médico?,
- ¿Existe seguridad jurídica? o por el contrario,
- ¿Se encuentran tanto médicos como pacientes expuestos a una interpretación no homogénea por parte de nuestros órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley?

Debe ser negativa, pues como hemos visto ante casos idénticos nos encontramos con fallos contradictorios que revelan una cierta protección del médico en unos casos y del paciente en otros, con cuantías que carecen de objetividad siendo muy diferentes unas de otras al carecer de un baremo sobre el que apoyarse.

Conviene aquí recordar, siguiendo la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 109/1988 y 253/1988, que la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la Ley y al Derecho les faculta en exclusiva —art. 117.3 de la Constitución— para aplicar el ordenamiento jurídico de acuerdo con la interpretación que, con la libertad de criterio y plena independencia, consideren más apropiada al texto y finalidad de la norma a aplicar, sin que, desde la perspectiva de legalidad ordinaria, puedan someterse sus criterios interpretativos a más control o revisión que aquéllos que vengán establecidos dentro del propio sistema procesal a no ser que en ella pue-

dan resultar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues en tal caso la interpretación y aplicación de la norma adquiere relevancia constitucional.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria son varios los preceptos constitucionales que resultan afectados, el artículo 15, artículo 41, artículo 43, artículo 51 y finalmente el artículo 106.2.

De modo, que dada la trascendencia del bien jurídico protegido, se debe exigir a los Tribunales como máximos responsables, como titulares exclusivos que son de la potestad de juzgar, una interpretación más homogénea, más integradora que elimine en la medida de lo posible la desigualdad e inseguridad jurídica con la que se encuentran tanto médicos como pacientes, aspectos éstos que se lograrían minimizar creando Salas especializadas en la materia e implantando un Baremo de obligada observancia en el ámbito sanitario, con lo que facilitar la ardua labor a la que se enfrentan diariamente nuestros excelentísimos órganos judiciales.

4. Bibliografía

- (1) Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Abogacía General del Estado. Ed. Thomson-Aranzadi. 2009
- (2) Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 23 de mayo de 2007.
- (3) Memoria año 2009 Asociación Defensor del Paciente.
- (4) Firma Díaz Regañón (“Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”, Comares. Granada, 2006) que “A la vista de la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se ha producido un retroceso en el asentamiento definitivo del régimen objetivo de la responsabilidad atribuible a la Administración”.
- (5) Luis Medina Alcoz. *La doctrina de la pérdida de oportunidad*. Revista de responsabilidad civil y seguro.
- (6) M. Gascón Abellán, “Los hechos...”, *cit.*, pp. 42-45.
- (7) D. Hamer, “Chance would be a fine thing: proof of causation and quantum in an unpredictable world”. Melbourne University. *L. Rev.*, núm. 33, 1999, p. 589.
- (8) Es el supuesto resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges mediante sentencia de 24 de marzo de 1986 (caso *Rousseau vs Ferrocarriels de Orleans*) en la que se estimó que la pérdida de oportunidad de ganar la carrera no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para repararse.
- (9) J. H. King, “Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences”, *Yale L. Journal*, núm. 90, 1981, pp. 1353 ss.

- (10) SSAN, Sección 4ª, de 13 de noviembre de 2002.
- (11) SSAN, Sección 4ª, de 5 de noviembre de 2003, 13 de abril de 2005, 25 de mayo de 2005, 2 de noviembre de 2005, 11 de octubre de 2005, 15 de febrero de 2006.
- (12) A. Benabént (La chance... cit., p.7) *La teoría de las chances y la teoría del cálculo de probabilidades son sinónimos*.
- (13) STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, de 11 de diciembre de 2007, rec. 434/2004.
- (14) STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 3 de julio de 2009, rec. 1079/2004.
- (15) STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, de 20 de junio de 2006, rec. 995/2003.
- (16) Hinojal Fonseca R, Galán Cortes JC. "Los protocolos Médicos". RGD núm. 622-623 Revista Salud Rural, 1996.
- (17) Martín Bernal, JM, Responsabilidad Médica y Derechos de los pacientes. 1.ª edición, Madrid, julio 1998.
- (18) STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 1999.
- (19) Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 Pamplona, de 21 de junio de 2000.
- (20) Jorge Barreiro, J. "Jurisprudencia Penal y Lex Artis Médica". Cuadernos de Derecho Judicial, Monográfico núm. 1, Madrid, 1995; 71-101.
- (21) Antonio Ernesto Gudín R. Magariños. "Los protocolos médicos I". Revista Calidad y Riesgo núm. 10. Agosto 2009.
- (22) Javier Sánchez Caro. "Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario". Programa Online: preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales. P. 8-9. 2009.
- (23) Gisbert, J.A. "Medicina Legal y Toxicología". Fundación García Muñoz. 3.ª ed. Valencia 1984.
- (24) Ricardo Rodríguez Fernández. Ponencia expuesta el 22 de octubre de 2009 en el XVI Congreso de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid entre los días 22 a 24 de octubre de 2009.
- (25) Mariano Medina Crespo. SepinNET. Revista Septiembre-octubre 2007, núm. 1, p.6-7.
- (26) STS de 20 de junio de 2006, rec. 167/2002.
- (27) Juan Siso Martín. "Las variables jurídicas del ejercicio de la medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria". 2008, pp. 276-278.
- (28) STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 1987 y de 22 de abril de 1988.
- (29) María Jesús Gallardo Castillo. "De nuevo sobre la lex artis: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual". Diario La Ley nº 7322, Sección tribuna, 18 Enero de 2010, Año XXXI. Ed. La Ley.
- (30) STS de 23 de mayo de 2008, rec. 567/2001.
- (31) STS de 20 de septiembre de 2005, rec. 317/2000.
- (32) Decreto 2766/1976, hoy derogado.
- (33) Sentencia Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid.
- (34) Juan Siso Martín. "Las variables jurídicas del ejercicio de la medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria". P 344-345. 2008.
- (35) Cueto Pérez, M. "Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria". Ed. Tirant lo Blanch. p 286. Valencia 1997.
- (36) Dictámenes de 23 de mayo de 1996 (núm. Exp. 1574/1996) y de 15 de junio de 2000 (núm. Exp. 1828/2000).
- (37) Asúa González, C. "Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria". Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p 90.
- (38) STS de 12 de julio de 2007.
- (39) Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Abogacía General del Estado. Ed. Thomson-Aranzadi. 2009, p. 264-265.
- (40) STSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2006.
- (41) STSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 9ª, de 6 de noviembre de 2006.
- (42) Fernández Costales, J. "La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)". Ed. La Ley, Madrid. 1995, p. 112.

Adecuación y unificación de los consentimientos informados de un hospital general a la Ley 41/2002

*José Manuel Carrascosa
Bernáldez*

1. El hospital
2. Antecedentes históricos
3. Definición y características del consentimiento informado
4. Objetivos
 - 4.1. Objetivo general
 - 4.2. Objetivos específicos
 - 4.2.1. *Con objeto de analizar la «Calidad de la información escrita»*
 - Objetivos a corto plazo
 - Objetivos a medio plazo
 - Objetivos a largo plazo
 - 4.2.2. *Con objeto de analizar la «Calidad de la información verbal»*
 - Objetivos a corto plazo
 - Objetivos a medio plazo
 - Objetivos a largo plazo
5. Metodología
 - 5.2. Consentimientos informados
 - 5.3. Encuestas
6. Resultados
 - 6.1. Evaluación de los consentimientos informados
 - 6.2. Evaluación de las encuestas
 - 6.3. Resultados obtenidos de los consentimientos informados
 - 6.4. Resultados obtenidos de las encuestas
7. Conclusiones
 - 7.1. Consentimientos informados
 - 7.2. Información verbal al paciente
8. Bibliografía

1. El hospital

Para la realización de este trabajo se seleccionó un Hospital General medio que tuviese más de 250 camas, 12.000 intervenciones quirúrgicas, 100.000 primeras consultas y más de 400 Consentimientos Informados.

Una vez conseguida la autorización del Director Gerente se procedió a recopilar los diferentes modelos de Consentimiento Informado utilizados por las distintas especialidades, clasificándolos según estas, para pasar a continuación con el análisis de los mismos.

Para su estudio, se procedió a tabular cada uno de los criterios de valoración recogidos en la ley 41/2002 para cada uno de los consentimientos informados identificados, anotándose el grado de cumplimiento de cada uno de estos criterios.

Con el fin de valorar la calidad de la información verbal que los facultativos proporcionan a los pacientes, se elaboraron encuestas dirigidas a pacientes posquirúrgicos de una muestra aleatoria de más de 400 personas.

Los resultados de ambos análisis fueron enviados al Jefe de Servicio del Departamento de Bioestadística del Hospital General Universitario Puerta de Hierro / Majadahonda, D. José Ramón Martínez Alonso, para su estudio.

2. Antecedentes históricos

• **Juramento Hipocrático.** Elaborado por Hipócrates o alguno de sus discípulos en la antigua Grecia en el Siglo V A.C. y que adoptó su forma definitiva de la mano de Galeno que fue un Griego que vivió en la Roma Imperial en el Siglo II.

La curación empezaba a no estar orientado por la magia sino por la clínica con un compromiso del médico en actuar en beneficio del Ser Humano.

Actualizado por la Declaración de Ginebra de 1948.

• **Consejos de Esculapio.**

¿Quieres ser médico, hijo mío?...

• **La oración de Maimónides.** Escrita por el médico alemán Marcus Herz en 1793 que lo atribuía al sabio Cordobés del Siglo XII Moshé ben Maymon. «Llena mi ánimo de amor para el arte y para todas las criaturas...»

• En estos casos, nos encontramos ante códigos de carácter fundamentalmente religioso o moral, cuya normatividad descansa más en deberes de tipo religioso o ético, que en una obligatoriedad jurídica.

• La **Constitución Española** de 1978 reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, posteriormente desarrollado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, (**Ley General de Sanidad**), que enunciaba unos principios generales para garantizar una prestación sanitaria plenamente respetuosa con la dignidad de la persona y con la libertad individual.

• También hay que mencionar el **Convenio de Oviedo** sobre los derechos humanos y la biomedicina, de 1997 que, con carácter general, en su artículo 9, exige que sean tomados en consideración los deseos del paciente. Vigente en España desde enero de 2000 y de donde se han sacado ideas en materia de derecho de los pacientes para desarrollar la Ley 41/2002.

• Con anterioridad a la ley 41/2002 varias **Comunidades Autónomas** venían regulando estas normas con leyes propias y posteriormente se sacaron otras relacionadas con la misma.

– En el País Vasco decreto 45/1998 en donde se regula la valoración, conservación y expurgo de las Historias Clínicas.

– En Cataluña, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya ya regulaba el derecho a la información, el consentimiento informado, la autonomía del paciente y las voluntades anticipadas.

– En Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.

– En Extremadura la Ley 10/2001, de 28 de junio.

– Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

– Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja.

– En Navarra, la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

– En Madrid la Ley 12/2002 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

– En Valencia, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derecho e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana.

– En Andalucía la Ley 5/2003 de declaración Vital anticipada de Andalucía.

• **Ley 41/2002**, de 14 de Noviembre. Las Cortes Generales Españolas aprobaron una Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

- El capítulo IV, que lleva por rúbrica «el respeto a la autonomía del paciente», regula el «consentimiento informado» y las denominadas «instrucciones previas».

3. Definición y características del consentimiento informado

- La Ley General de Sanidad de 1986 era muy rigurosa ya que exigía que la información fuera completa y continuada, verbal y escrita.
- El Convenio de Oviedo suavizó esta manera de informar al introducir términos como «información adecuada» como sinónimo de información suficiente y adaptada a la persona que la recibe.
- La ley 41/2002 da un paso más fijando que de manera general la información se dará de forma verbal, dejando constancia en la Historia Clínica. Cuando la información es escrita (si nos queremos ajustar al espíritu de la Ley) debemos asegurarnos de su comprensión y legibilidad por parte de quien recibe la información.
- El Consentimiento Informado implica pues tanto valores sociales como individuales.
- El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos de 1984, modificado por P. Simón define el Consentimiento Informado como « la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, con el fin de solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos».

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.

Capítulo primero. Principios generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

Artículo 3. Las definiciones legales

Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada

en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Capítulo segundo. Derecho de información sanitaria

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su 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, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. 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.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.
3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acredita-

da de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Capítulo IV. El respeto de la autonomía del paciente

Artículo 8. Consentimiento informado

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla 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.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no

ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:
 - a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
 - b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.
3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
 - b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
 - c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo

establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
 - a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
 - b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
 - c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
 - d) Las contraindicaciones.
2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

- Atendiendo a la filosofía de la Ley, el propósito de la misma es el derecho a la información fundamentalmente verbal y en algunos casos escrita que tienen los pacientes.
 1. Para analizar la «**calidad de la información verbal**» se realizó una encuesta de Calidad Percibida entre más de 500 paciente operados durante un mes.
 2. Para analizar la «**calidad de la información escrita**» se seleccionaron 14 criterios contemplados en la Ley 41/2002 y se revisaron más de 400 Consentimientos Informados para ver si se adecuaban a dichos criterios.

Por tanto se formula como objetivo general de este trabajo «analizar tanto la información verbal como la escrita que reciben los pacientes del hospital en estudio, buscar áreas de mejora adecuándolas a la Ley 41/2002 e implantarlas en el Hospital».

A través del análisis de los resultados de dicho objetivo y la implantación de mejoras se pretende trabajar en dos líneas:

- Garantizar que el paciente recibe una información completa y comprensible del proceso que se le va a realizar.
- Elaborar un documento ajustado a la Ley, consensado y aprobado por la Comisión Deontológica correspondiente, colegios profesionales y comités éticos con el consiguiente respaldo jurídico ante cualquier denuncia.

4.2. Objetivos Específicos

4.2.1. Con objeto de analizar la «Calidad de la información escrita»

Objetivos a corto plazo

- I. Elaboración de los apartados que debe contener un C.I. según la Ley 41/2002.
- II. Identificación de todos los consentimientos informados del Hospital separados por especialidad.
- III. Detección de los consentimientos duplicados o con otro tipo de defectos.
- III. Detección de los consentimientos duplicados o con otro tipo de defectos.
- IV. Análisis individualizado de cada C.I. para ver el grado de cumplimentación de los apartados seleccionados.
- V. Análisis por especialidad de todos los C.I. identificando las áreas de mejora.

Objetivos a medio plazo

- I. Elaboración de un documento único y estándar para todos los C.I. del Hospital en estudio.

Objetivos a largo plazo

- I. Presentación del Proyecto en la Consejería de Sanidad para la implantación de un Consentimiento único en todos los Hospitales de la Comunidad.

4.2.2. Con objeto de analizar la «Calidad de la información verbal»

Objetivos a corto plazo

- I. Elaboración de un cuestionario que recoja los principales indicadores de la calidad percibida por los pacientes.
- II. Seleccionar una muestra representativa de pacientes y realizar la en cuesta telefónica.
- III. Análisis de los datos.

Objetivos a medio plazo

- I. Reuniones generales y por Servicios explicando la importancia y trascendencia que tiene la información verbal que damos a los pacientes.
- II. Ajustarnos al espíritu de la Ley 41/2002 sobre los derechos a la información que tienen los pacientes.
- III. Realización de nuevas encuestas para valorar si las medidas adoptadas mejoran la calidad percibida de la información que reciben los pacientes.

Objetivos a largo plazo

- I. Crear en el Hospital una cultura basada en el paciente, sus derechos y necesidades.

5. Metodología

5.1. Consentimientos informados

- Como metodología de trabajo se recopilaron los Consentimientos Informados disponibles en el Hospital, se clasificaron por especialidades y por patologías. Había más de 400.
- A partir de la Ley 41/2002, se definieron 14 criterios básicos que debían estar incluidos en el Consentimiento Informado. Fundamentalmente, estos criterios fueron extraídos de los Capítulos II y IV de la citada Ley.
- A continuación se enumeran los **criterios de valoración** mencionados anteriormente.
 1. Datos del paciente.
 2. Datos del Médico que informa.
 3. Representante Legal. (Capítulo II. Artículo 5 Punto 2 y Capítulo IV. Artículo 9 Punto 5).

4. Explicación del procedimiento. (Capítulo II. Artículo 4. Punto 1).
5. Objetivo (Capítulo II. Artículo 4 Punto 1 y Capítulo IV. Artículo 10. Punto 1^a).
6. Riesgos probables (Capítulo II. Artículo 4 Punto 1 ; Cap. IV. Art 8. Punto 3; Cap IV Art. 10. Punto 1c).
7. Riesgos relacionados con el Paciente. (Capítulo IV. Artículo 10. Punto 1b).
8. Alternativas terapéuticas (Capítulo I. Artículo 2. Punto 3).
9. Contraindicaciones. (Capítulo IV. Artículo 10. Punto 1d).
10. Anestesia. (Breve descripción).
11. Transfusión (Como riesgo probable).
12. Anatomía Patológica. Proyecto docente o de investigación. Capítulo IV. Artículo 8. Punto 4.
13. Consentimiento. (Capítulo I. Artículo 2. Punto 2).
14. Revocación. (Capítulo IV. Artículo 8. Punto 5).

- Se revisó cada C.I. marcando con Sí / No cada uno de los apartados que previamente habíamos definido.
- Identificamos también otro tipo de problemas como que había C.I. repetidos, otros continuaban con logos de otros Hospitales, incompletos,...

5.2. Encuestas

Se elaboró una hoja de encuesta con las siguientes preguntas:

- ¿Le informaron de la operación que le iban a realizar?
- ¿Quién le informó? ¿El médico?
- ¿Sabe usted lo que es un Consentimiento Informado?
- ¿Firmó alguno antes de la operación?
- ¿Se enteró de la información que le dieron?
- ¿Pudo preguntar sus dudas?.

6. Resultados

6.1. Evaluación de los Consentimientos Informados

A continuación se muestran los resultados fruto de la evaluación de los Consentimientos Informados analizados:

ANESTESIOLOGIA Y REANIMACION

		Datos del paciente	Datos del médico que informa			Representante legal	Explicación del procedimiento			Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente	Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento
ANR-1	Anestesia Epidural Obstétrica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI	
ANR-2	Bloqueo Anestésico del Ganglio Estrellado	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI	SI	
ANR-3	Anestesia General	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-4	Bloqueo Anestésico del Ganglio Celático	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-5	Bloqueo Anestésico Simpático Lumbar	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-6	Bloqueo Anestésico Simpático Torácico	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-7	Bloqueo de Articulaciones Sacroiliacas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-8	Bloqueo de Cadena	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-9	Bloqueo Epidural Cervical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-10	Bloqueo Epidural Sacro o Caudal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-11	Bloqueo Facetas Cervicales	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-12	Bloqueo Facetas Lumbares	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-13	Bloqueo Intracular Hombro	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-14	Bloqueo Intradural de Rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-15	Bloqueo Nervio Periférico	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-16	Bloqueo Nervio Supraescapular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-17	Bloqueo Nervio Trigemino	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-18	Bloqueo Neurolítico del Ganglio Celiaco	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-19	Bloqueo Neurolítico Simpático Lumbar	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-20	Bloqueo Radicular Selectivo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-21	Bomba Programable	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-22	Cardioversiones	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-23	Colocación de Electrodo Epidurales	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-24	Cuidados Anestésicos Monitorizados	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-25	Discografía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-26	Epidurolisis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-27	Implantación de Cateter Epidural	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-28	Implantación de Cateter Intradural	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-29	Implantación de Reservorio con Cateter Intradural	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-30	Implantación Reservorio con Cateter Epidural	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-31	Inyección de Puntos Doloroso	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-32	Inyección Epidural Lumbar	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		
ANR-33	Iontoforesis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI		

CIRUGIA GENERAL Y APARATO DIGESTIVO		Categorías de Evaluación													
		Datos del paciente	Datos del médico que informa	Representante legal	Explicación del procedimiento	Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente	Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento
CGD-44	Cirugía Laparoscópica de la Eventración	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-45	Cirugía laparoscópica de los trastornos motores esofágicos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-46	Cirugía Laparoscópica del Estómago	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-47	Cirugía laparoscópica del Prolapso de Recto	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-48	Cirugía laparoscópica del prolapso rectal	REPETIDO													
CGD-49	Cirugía menor	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	NC
CGD-50	Colecistectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	NC
CGD-51	Colecistectomía laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-52	Colecistomía subtotal con o sin anastomosis iliorectal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-53	Colecistomía subtotal laparoscópica con o sin reservorio	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	NC
CGD-54	Colecistomía Total Abierta con o sin Reservorio	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	SI	NO	SI	NC
CGD-55	Colecistomía total con o sin reservorio	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-56	Colecistomía total con o sin reservorio laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
CGD-57	Colocación de Reservorio Venoso Subcutáneo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI
CGD-58	Colocación de tubo de Torax	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
CGD-59	Colocación de tubo de tórax	REPETIDO													
CGD-60	Consentimiento Genérico	SI	SI	SI	NO	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
CGD-61	Consentimiento Obesidad	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	S/N	NO	SI	S/N	NO	SI	SI
CGD-62	Denegación de Consentimiento	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
CGD-63	Esclerosis venas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
CGD-64	Esplenectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-65	Esplenectomía laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	S/N	SI	SI
CGD-66	Extirpación de lesión bajo anestesia local	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	NO	NO	SI	SI
CGD-67	Extirpación de quiste del conducto tirogloso	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-68	Extirpación de uña	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
CGD-69	Fistula anal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-70	Fisura anal	REPETIDO													
CGD-71	Hemorroides	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-72	Hepática por Cirugía Laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	S/N	SI	SI
CGD-73	Hemiooplastia epigástrica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	S/N	SI	SI
CGD-74	Hernioplastia Inguinal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	S/N	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-75	Hernioplastia Inguinal	REPETIDO													
CGD-76	Hernioplastia Umbilical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-77	Laparoscopia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-78	Laparoscopia exploradora	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-79	laparotomía exploradora	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-80	Laparotomía exploradora	REPETIDO													
CGD-81	linfadenectomía axilar	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-82	Linfadenectomía Axilar	REPETIDO													
CGD-83	Mama	NO DISPONIBLE													
CGD-84	Mastectomía radical o radical modificada	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-85	Páncreas	NO DISPONIBLE													
CGD-86	Polipectomía de colon o recto	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-87	Recomendaciones CMA	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	NC

CIRUGIA GENERAL Y APARATO DIGESTIVO															
		Datos del paciente	Datos del médico que informa	Representante legal	Explicación del procedimiento	Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente	Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento
CGD-88	Resección de esófago	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-89	Resección de recto	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-90	Resección de Recto por cirugía laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-91	Resección del recto por cirugía laparoscópica	NO DISPONIBLE													
CGD-92	Resección endoanal	REPETIDO													
CGD-93	Resección gástrica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-94	Resección hepática	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-95	Resección hepática por cirugía laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-96	Resección intestinal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-97	Resección intestinal por cirugía laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-98	Resección intestinal por cirugía laparoscópica	REPETIDO													
CGD-99	Resección pancreática	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-100	Resección Pancreática por Cirugía Laparoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-101	Resección segmentaria de colon	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-102	Resección segmentaria laparoscópica de colon	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
CGD-103	Resección segmentaria laparoscópica de colon	REPETIDO													
CGD-104	Tiroidectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
CGD-105	CIRUGÍA Hernia inguinal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	SI

DERMATOLOGIA																
		Datos del paciente	Datos del médico que informa	Representante legal	Explicación del procedimiento	Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente	Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento	
DER-1	Biopsia Cutanea	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	
DER-2	Cirugia de Mohs	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
DER-3	Consentimiento informado Etanercept	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	SI	SI	
DER-4	Electrocoagulación	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
DER-5	Fotoparche	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-6	Fototerapia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-7	Fototest	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-8	Pruebas Epicutaneas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-9	Técnica del ganglio	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-10	Terapia fotodinámica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI
DER-11	Toxina Botulínica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI

DERMATOLOGIA																		
		Datos del paciente	Datos del médico que informa		Representante legal	Explicación del procedimiento		Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente		Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento
DER-12	Tratamiento con acitretina	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-13	Tratamiento con ciscloporina	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-14	Tratamiento con isotretinoína	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-15	Tratamiento con Metotrexato	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-16	Tratamiento Laser lesiones Vasculares	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI	NO	NO	NO	SI	SI
DER-17	Tratamiento mediante luz pulsada intensa para lesiones vasculares (LPI)	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	S/N	NO	NO	NO	SI	SI
DER-18	Tratamiento quirúrgico carcinoma basocelular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	SI	SI
DER-19	Tratamiento quirúrgico carcinoma espinocelular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	SI	SI
DER-20	Tratamiento quirúrgico del melanoma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-21	Tto. quirúrg. tumor benigno piel o anejos cutaneos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-22	Tto. quirúrg. tumor maligno piel o anejos cutaneos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
DER-23	Hipoglucemia insulínica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	NO	SI	SI

OBSTETRICIA Y GINECOLOGIA																	
		Datos del paciente	Datos del médico que informa		Representante legal	Explicación del procedimiento		Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente		Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento
OBG-1	Amniocentesis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-2	Amniocentesis Genética	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-3	Amnioscopia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-4	Asistencia al Parto	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	SI	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-5	Biopsia ginecológica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-6	Cerclaje Cervical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-7	Certificación de muerte cierta	SI	SI	SI												SI	
OBG-8	Cesarea	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OBG-9	Cirugía conservadora de mama	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-10	Cirugía del Himen y-o introito	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	NO	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-11	Cirugía por malformación y-o vaginal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	NO	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-12	Cirugía sobre la glándula Bartholin	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-13	Conización Cervical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	S/N	NO	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-14	Consentimiento Misoprostol y Legrado	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	S/N	NO	S/N	SI	SI	SI	SI
OBG-15	Corrección del prolapso de la cúpula vaginal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-16	Corrección del prolapso genital	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI
OBG-17	Corrección quirúrgica de incontinencia urinaria	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	SI	S/N	SI	NO	NO	NO	SI	SI

OFTALMOLOGIA															
		Datos del paciente	Datos del médico que informa	Representante legal	Explicación del procedimiento	Objetivo	Riesgos probables	Riesgos relacionados con el paciente	Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento	Revocación del consentimiento
OFT-1	Blefaroplastia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-2	CI de Cataratas	NO DISPONIBLE													
OFT-3	Ciclofotocoagulación Transescleral Láser Diodo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-4	Cirugía de Catarata	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-5	Cirugía de cataratas	REPETIDO													
OFT-6	Cirugía de Estrabismo Toxina-Botulínica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-7	Cirugía de Filtrante de Glaucoma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-8	Cirugía de recambio de lente intraocular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-9	Cirugía del Astigmatismo de la Cornea	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-10	Cirugía del Desprendimiento de Retina	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-11	Cirugía del Estrabismo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-12	Cirugía del Glaucoma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI
OFT-13	Cirugía del Glaucoma Valvular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	SI
OFT-14	Cirugía del Pterigium	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	S/N	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-15	Cirugía del Pterigion y Patologías de la conjuntiva	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-16	Cirugía Entropion-Ectropion-Triquiriasis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-17	Cirugía Orbitaria	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-18	Cistitoma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-19	Consentimiento Informado del Paciente ante Testigo	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-20	Dacriocistectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	SI	SI	SI
OFT-21	Dacriocistorrinostomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	SI	SI	SI
OFT-22	Dacriocistorrinostomía Endonasal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	NO	SI	SI	SI
OFT-23	Evisceración-Enucleación	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-24	Exposición de Prótesis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-25	Glaucoma con factores de riesgo	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-26	Implante Secundario de Lente Intraocular	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-27	Intubación de la Vía Lacrimal Bicanalicular	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-28	Inyección Periocular de Corticoides	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-29	Inyecciones Intravítreas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	SI
OFT-30	Iridotomía ND-YAG	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-31	Lagoftalmos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-32	Lesiones palpebrales menores	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-33	Patologías de la conjuntiva, párpados y anejos ocu	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-34	Procedimientos con Láser en el Glaucoma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-35	Pterigium Recidivante	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-36	Ptoxis	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-37	Reconstrucción del Globo Ocular Perforado	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-38	Retinopexia neumática	SI	SI	SI	S/N	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-39	Retracción Palpebral- Lagoftalmos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-40	Sondajes	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-41	Toxina Botulínica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-42	CIRUGÍA DE FILTRANTE DE GLAUCOMA	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI
OFT-43	Trabeculoplastia con Láser	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	S/N	NO	NO	SI	SI
OFT-44	Transplante de membrana amniótica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI
OFT-45	Trasplante de Córnea	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI

TRAUMATOLOGIA		Datos del paciente																							
		Datos del médico que informa		Representante legal		Explicación del procedimiento		Objetivo		Riesgos probables		Riesgos relacionados con el paciente		Alternativas		Contraindicaciones		Anestesia		Transusión		Anatomía Patológica		Consentimiento	
TRA-61	Pie_Hallux Valgus	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-62	Pie_Neuroma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-63	Prótesis-Minf_Cirugía con Forage de Cadera	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-64	Prótesis-Minf_Cirugía de la Epifisiolisis de Cadera	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-65	Prótesis-Minf_Corrección de Cadera en Resorte	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-66	Prótesis-Minf_Osteotomía Femoral por Pseudoartrosis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-67	Prótesis-Minf_Prótesis de Cadera	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-68	Prótesis-Minf_Prótesis de Rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-69	Prótesis-Minf_Protesis en EElI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-70	Prótesis-Minf_Recambio de prótesis total de cadera o de rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-71	Prótesis-Minf_Rotura del Tendón de Aquiles	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-72	Prótesis-Minf_Valgizante de rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-73	Alargamiento de Tendones	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-74	Artrodesis de Tobillo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-75	Artroscopia Rodilla para Condromalacia Rotuliana	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-76	Artroscopia de hombro	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-77	Artroscopia de Muñeca	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-78	Artroscopia de Otras Articulaciones	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-79	Artroscopia de Rodilla para Sinovectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-80	Artroscopia de Tobillo	REPETIDO																							
TRA-81	Artroscopia Tobillo Tto	REPETIDO																							
TRA-82	Avulsión Ungeal	REPETIDO																							
TRA-83	Biopsia ósea	REPETIDO																							
TRA-84	CIR Tumores, Partes Blandas, Quistes y Gangliones	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-85	Cirugía rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-86	Cirugía abierta para la luxación recidivante de hombro	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-87	Cirugía ambulatoria	REPETIDO																							
TRA-88	Cirugía artroscópica Rodilla Patología Meniscal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-89	Cirugía con Forage de Cadera	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-90	Cirugía Con Perforaciones Óseas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-91	Cirugía de columna y artrodesis vertebral	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-92	Cirugía de Espolón	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-93	Cirugía de la Epifisiolisis de Cadera	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-94	Cirugía de Lesiones Tendinosas	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-95	Cirugía de ligamento cruzado anterior	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-96	Cirugía de Metatarsalgia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-97	Cirugía de osteosíntesis de fracturas inminentes	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-98	Cirugía de Pseudoartrosis de algún Hueso del Carpo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-99	Cirugía de Resección de Hidroma Bursitis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-100	Cirugía del 5º Dedo Superaductus	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-101	Cirugía del pie zambo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
TRA-102	Consentimiento Informado General	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-103	Corrección de Cadera en Resorte	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-104	Dedo en garra y martillo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-105	Dedo en Resorte	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI

TRAUMATOLOGIA		Datos del paciente																							
		Datos del médico que informa		Representante legal		Explicación del procedimiento		Objetivo		Riesgos probables		Riesgos relacionados con el paciente		Alternativas		Contraindicaciones		Anestesia		Transfusión		Anatomía Patológica		Consentimiento	
TRA-106	Dupuytren	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-107	Epicondilitis de Codo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	
TRA-108	Fractura de columna	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-109	Hallux Valgus	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	
TRA-110	Implante de cementos biológicos y o cerámicos	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-111	Laminectomía + Discectomía por hernia discal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-112	Luxación Recidivante de Rótula	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-113	Mosaicoplastia	REPETIDO																							
TRA-114	Neuroma	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-115	Osteosíntesis por Pseudoartrosis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-116	Osteotomía Femoral por Pseudoartrosis	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-117	Prótesis en EEl	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-118	Recambio de prótesis total de cadera o de rodilla	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-119	Resección de Exostosis Muñeca	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-120	Resección de Ganglión de Muñeca	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-121	Resección de Partes Blandas por Infección	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-122	Retirada de material de osteosíntesis de fracturas articulares	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-123	Rotura del Tendón de Aquiles	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-124	Rotura del Tendón Largo Bicipital	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-125	Síndrome de Compresión Nerviosa	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-126	Síndrome del tunel del carpo	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI	SI
TRA-127	Subluxación Recidivante del Hombro	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
TRA-128	Tendinitis de D. QUERVAIN	REPETIDO																							
TRA-129	Tenosinovitis Estenosante	REPETIDO																							
TRA-130	Tratamiento ortopédico de fracturas diafisarias	REPETIDO																							
TRA-131	Tratamiento Quirúrgico de Entesitis Tenosinovitis	REPETIDO																							
TRA-132	Tratamiento Quirúrgico de Fracturas	REPETIDO																							
TRA-133	Tratamiento quirúrgico del síndrome compartimental	REPETIDO																							
TRA-134	Tto qco síndrome subacromial y lesiones del manguito rotador	REPETIDO																							
TRA-135	Utilización de tejidos humanos	COINCIDE CON EL 21 - REPETIDO																							
TRA-136	Valgizante de rodilla	REPETIDO																							

UROLOGIA		Categorías de Evaluación																
		Datos del paciente	Datos del médico que informa		Representante legal	Explicación del procedimiento		Objetivo	Riesgos probables		Riesgos relacionados con el paciente		Alternativas	Contraindicaciones	Anestesia	Transfusión	Anatomía Patológica	Consentimiento
URO-1	Pieloplastia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI
URO-2	Prostatectomía radical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI
URO-3	Protesis para la incontinencia urinaria	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI
URO-4	Reanastomosis deferencial microquirúrgica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	SI	SI	SI
URO-5	Resección transuretral de próstata	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-6	Resección trasuretral de vejiga	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
URO-7	Transplante renal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-8	Tratamiento endovesical	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-9	Ureterolitotomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-10	Ureterolitotomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-11	Ureterorrenoscopia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-12	Uretroplastia	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-13	Uretrotomía endoscópica	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-14	Varicocelectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	NO	NO	S/N	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI
URO-15	Vasectomía	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI

6.2. Evaluación de las encuestas

1. ¿Le informaron de la operación que le iban a realizar?
2. ¿Quién le informó? ¿El médico?
3. ¿Sabe usted lo que es un Consentimiento Informado?
4. ¿Firmó el C.I. antes de la operación?
5. ¿Se enteró de la información que le dieron?
6. ¿Pudo preguntar sus dudas?

GINECOLOGIA					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	100	2	98%	2%	
2	100	2	98%	2%	
3	84	17	83%	17%	
4	102	0	100%	0%	
5	96	6	94%	6%	
6	97	5	95%	5%	

O.R.L.					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	50	0	100%	0%	
2	50	0	100%	0%	
3	44	6	88%	12%	
4	50	0	100%	0%	
5	50	0	100%	0%	
6	50	0	100%	0%	

OFTALMOLOGIA					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	106	7	94%	6%	
2	110	3	97%	3%	
3	82	32	72%	28%	
4	113	0	100%	0%	
5	104	9	92%	8%	
6	108	5	96%	4%	

TRAUMATOLOGIA					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	49	1	98%	2%	
2	50	0	100%	0%	
3	43	7	86%	14%	
4	50	0	100%	0%	
5	49	1	98%	2%	
6	50	0	100%	0%	

CIRUGIA GENERAL					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	47	3	94%	6%	
2	50	0	100%	0%	
3	46	4	92%	8%	
4	50	0	100%	0%	
5	45	5	90%	10%	
6	46	4	92%	8%	

DERMATOLOGIA					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	82	2	98%	2%	
2	84	0	100%	0%	
3	56	28	67%	33%	
4	83	1	99%	1%	
5	83	1	99%	1%	
6	81	3	96%	4%	

UROLOGIA					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	66	3	96%	4%	
2	67	2	97%	3%	
3	60	9	87%	13%	
4	89	0	100%	0%	
5	64	5	93%	7%	
6	65	4	94%	6%	

TOTAL					
PREGUNTA	SI	NO	GRADO DE INFORMACION	PORCENTAJE DE MEJORA	
1	500	18	97%	3%	
2	511	7	98%	1%	
3	415	103	80%	20%	
4	517	1	100%	0%	
5	491	27	95%	5%	
6	497	21	96%	4%	

6.3. Resultados obtenidos de los consentimientos Informados

Se obtuvieron los siguientes porcentajes de cumplimiento para los criterios identificados sobre el total de Consentimientos Informados analizados:

GRÁFICO 1



En cuanto a las necesidades de mejora de la calidad en la información reflejada en los Consentimientos Informados, el siguiente gráfico muestra de manera porcentual aquellos apartados en los que se hace necesaria una revisión más detenida.

GRÁFICO 2

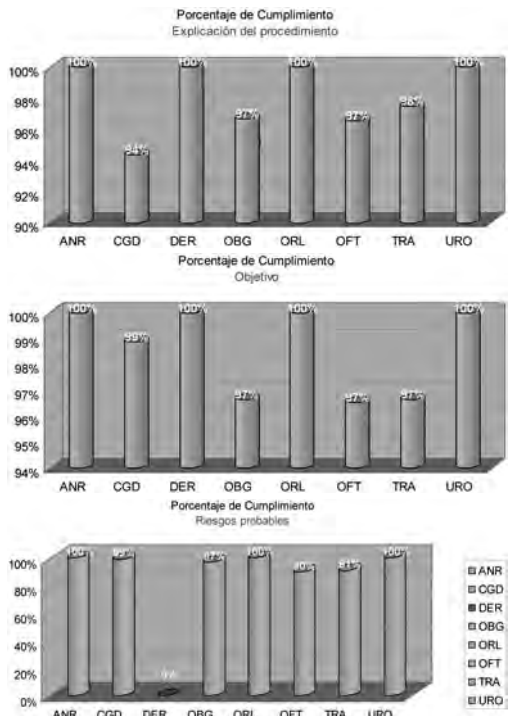


El cumplimiento por especialidad y criterio queda resumido en la siguiente tabla, en la que es fácil identificar las áreas de mejora:

GRÁFICO 3

Porcentaje de Cumplimiento, por criterio	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
ANR	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
CGD	100%	100%	90%	94%	90%	100%	100%	54%	11%	26%	100%	100%	100%	100%
DER	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
OBG	100%	100%	100%	100%	77%	97%	1%	1%	1%	37%	7%	4%	100%	97%
ORL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	65%	81%	100%	74%	100%	98%	100%
OFT	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
TRA	100%	100%	100%	100%	88%	87%	91%	54%	52%	1%	44%	55%	100%	100%
URO	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	86%	87%	100%	100%	100%

GRÁFICO 4



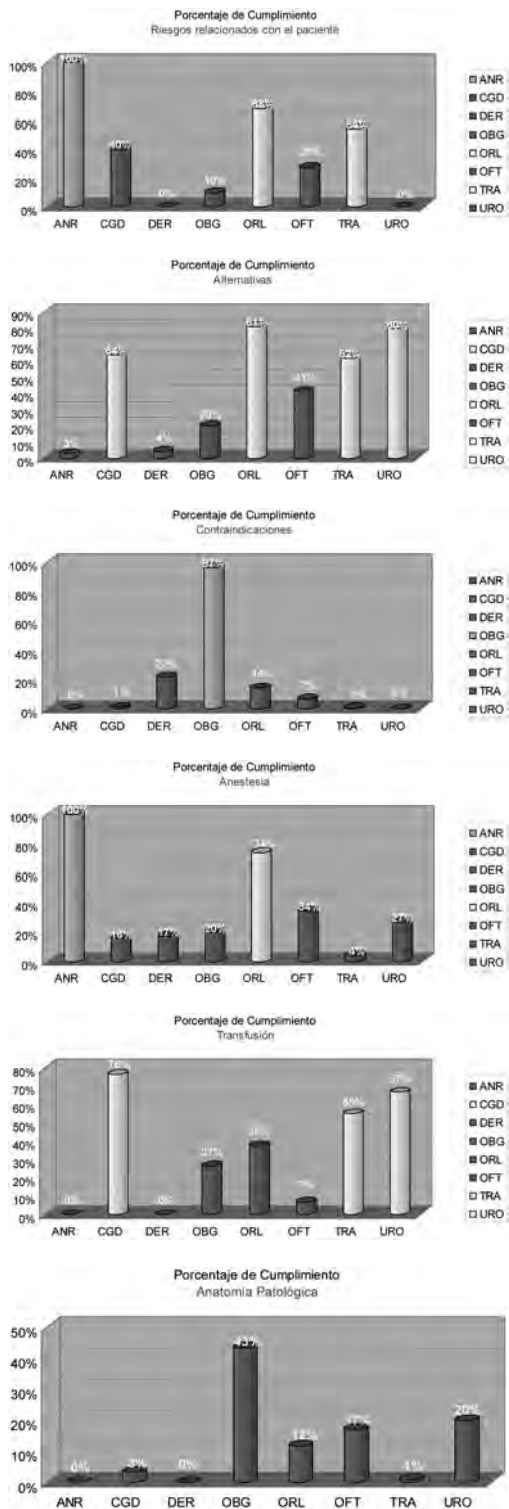


TABLA 1.

Procedimientos	ANR		CGD		DER		OBG		MV		OFT		ORL		TRA		URO		TOTAL	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Número de procedimientos revisados	33	88	23	48	7	49	69	118	15	450										
Valoración de documentos de Consentimiento informado	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
Correctos : Cumplen todos los criterios	33	100,0%	88	100,0%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	118	100,0%	15	100,0%	450	100,0%
Incorrectos : No cumplen todos los criterios exigidos	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
Catalogación de C/I que no cumplen requisitos.	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	5	7,2%	0	0,0%	0	0,0%	5	1,1%
Incompletos por la falta de cumplimiento de 1 criterio	0	0,0%	6	6,8%	0	0,0%	1	2,1%	0	0,0%	1	2,0%	8	11,6%	2	1,7%	0	0,0%	18	4,0%
Incompletos por la falta de cumplimiento de 2 criterios	1	3,0%	33	37,5%	0	0,0%	18	37,5%	2	28,6%	3	6,1%	35	50,7%	59	50,0%	5	33,3%	156	34,7%
Incompletos por la falta de cumplimiento de 3 criterios	32	97,0%	49	55,7%	23	100,0%	29	60,4%	5	71,4%	45	91,8%	21	30,4%	57	48,3%	10	66,7%	271	60,2%
Deficientes (falta de cumplimiento de más de 3 criterios)																				
Frecuencia de cumplimiento de los criterios	33	100,0%	88	100,0%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	118	100,0%	15	100,0%	450	100,0%
Datos del paciente	33	100,0%	88	100,0%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	118	100,0%	15	100,0%	450	100,0%
Datos del médico que informa	33	100,0%	88	100,0%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	118	100,0%	15	100,0%	450	100,0%

TABLA 1.

Valoración C.I. por Servicios y TOTAL	ANR		CGD		DER		OBG		MV		OFT		ORL		TRA		URO		TOTAL	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Representante legal	33	100,0%	87	98,9%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	118	100,0%	15	100,0%	449	99,8%
Explicación del procedimiento	33	100,0%	83	94,3%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	47	95,9%	69	100,0%	117	99,2%	15	100,0%	442	98,2%
Objetivo	33	100,0%	87	98,9%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	48	98,0%	69	100,0%	116	98,3%	15	100,0%	446	99,1%
Riesgos probables	33	100,0%	87	98,9%	0	0,0%	48	100,0%	7	100,0%	42	85,7%	69	100,0%	109	92,4%	15	100,0%	410	91,1%
Riesgos relacionados paciente	33	100,0%	35	39,8%	0	0,0%	2	4,2%	5	71,4%	10	20,4%	47	68,1%	65	55,1%	0	0,0%	197	43,8%
Alternativas	1	3,0%	56	63,6%	1	4,3%	8	16,7%	5	71,4%	17	34,7%	47	68,1%	74	62,7%	12	80,0%	221	49,1%
Contraindicaciones	0	0,0%	0	0,0%	5	21,7%	47	97,9%	1	14,3%	2	4,1%	3	4,3%	1	0,8%	0	0,0%	59	13,1%
Anestesia	33	100,0%	12	13,6%	3	13,0%	8	16,7%	1	14,3%	20	40,8%	37	53,6%	2	1,7%	0	0,0%	116	25,8%
Transfusión	0	0,0%	46	52,3%	0	0,0%	16	33,3%	1	14,3%	2	4,1%	26	37,7%	66	55,9%	10	66,7%	167	37,1%
Anatomía Patológica	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	22	45,8%	0	0,0%	3	6,1%	6	8,7%	1	0,8%	3	20,0%	35	7,8%
Consentimiento	33	100,0%	65	73,9%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	68	98,6%	117	99,2%	15	100,0%	425	94,4%
Revocación del consentimiento	33	100,0%	61	69,3%	23	100,0%	48	100,0%	7	100,0%	49	100,0%	69	100,0%	117	99,2%	15	100,0%	422	93,8%

6.4. Resultados obtenidos de las encuestas

TABLA 2

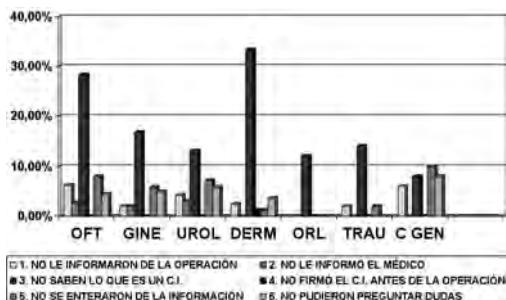
Indicadores de error (porcentajes de personas que respondieron de forma negativa)

	Oftalmología	Ginecología	Urología	Dermatología	Otorrinlaringología	Traumatología	Cirugía general	Grupo total
Total personas encuestadas	113	102	69	84	50	50	50	518
1. No le informaron de la operación que le iban a realizar	6,2%	2,0%	4,3%	2,4%	0,0%	2,0%	6,0%	3,5%
2. No le informó el médico	2,7%	2,0%	2,9%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,4%
3. No saben lo que es un consentimiento informado	28,3%	16,7%	13,0%	33,3%	12,0%	14,0%	8,0%	19,9%
4. No firmaron ningún c/í antes de la operación	0,0%	0,0%	0,0%	1,2%	0,0%	0,0%	0,0%	0,2%
5. No se enteraron de la información que recibieron	8,0%	5,9%	7,2%	1,2%	0,0%	2,0%	10,0%	5,2%
6. No pudieron preguntar dudas	4,4%	4,9%	5,8%	3,6%	0,0%	0,0%	8,0%	4,1%

- Los indicadores de error de cada término (1,2...6) destacan «la calidad de los distintos servicios».
- Representamos gráficamente por servicios los aspectos 1 a 6 (Figura 1).

GRÁFICO 5

Comportamiento de servicios según aspectos



7. Conclusiones

7.1. Consentimientos Informados

Si bien los Consentimientos Informados cumplen muchos de los criterios establecidos en la Ley 41/2002, los resultados del estudio reflejan la necesidad de incluir ciertos apartados recogidos por la Ley y que no se encuentran adecuadamente reflejados en muchos de los Consentimientos.

Puede ser que uno de los motivos por los que no se encuentran incluidos estos criterios sea que dichos Consentimientos fueron definidos antes de 2002.

El Hospital en estudio ha diseñado una plantilla que contiene y unifica todos los criterios que debe contener un C.I. (Anexo I)

Este proyecto ha sido presentado tanto en la Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Madrid (AnexoII), como al responsable del Área de Bioética y Derecho Sanitario de la Comunidad de Madrid, con el fin de unificar con estándares de calidad, y ajustados a la Ley 41/2002, los distintos apartados que debe contener un C.I. e implantarlos en toda la Comunidad de Madrid.

7.2. Información verbal al paciente

Aunque los resultados en esta primera fase han sido positivos, se hace necesario seguir trabajando en esta línea de cara a crear una cultura dentro de los hospitales basada en el paciente, sus necesidades y derechos.

8. Bibliografía

- Ignacio Sancho Gargallo. Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado.
- Javier Sánchez-Caro. Fernando Abellán. Derechos y Deberes de los pacientes.
- Cesárea García Ortega. Victoria Cózar Murillo. José Almenara Barrios. La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41 / 2002.
- Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz. El derecho a la información sanitaria en la ley 41 / 2002.
- Salvador Tarodo Soria. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano.
- Federico C. Tallote. El consentimiento informado en el Derecho Médico.
- Olga Maldonado. Consentimiento Informado.
- El consentimiento informado ante los biobancos y la investigación genética. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura 2008:249-260.
- Medicina defensiva y consentimiento informado en rehabilitación. Rehabilitacion (Madrid) 2003;37(2):65.
- Domínguez Martín A. El consentimiento informado: derecho a saber; derecho a decidir. Lex Nova 2004:26-29.
- García Ortega C. La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la ley 41/2002. Rev Esp Salud Publica 2004;78:469-479.
- Lorenzo y Montero R. El consentimiento informado. Rev Clin Esp 2003;Extra 2:10-20.
- Simón P. Satisfacción de los pacientes con el proceso de información, consentimiento y toma de decisiones durante la hospitalización. An Sist Sanit Navar 2007;30(2):191-198.
- Simón P. Diez mitos en torno al consentimiento informado. An Sist Sanit Navar 2006;29(Supl 3):29-40.

9. Anexo I

Logotipo Institución	Nombre del procedimiento										
<p>Datos de la institución</p> <p>Nombre Dirección Datos de contacto</p>	<p>Datos administrativos:</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td colspan="2">N.H.C.:</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Nombre y apellidos:</td> </tr> <tr> <td>Fecha de nacimiento:</td> <td>Sexo:</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Dirección:</td> </tr> <tr> <td colspan="2">CIP:</td> </tr> </table>	N.H.C.:		Nombre y apellidos:		Fecha de nacimiento:	Sexo:	Dirección:		CIP:	
N.H.C.:											
Nombre y apellidos:											
Fecha de nacimiento:	Sexo:										
Dirección:											
CIP:											
<p>CONSENTIMIENTO INFORMADO</p>											
<p>La Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información u documentación clínica, establece en el apartado 2 del artículo 8, la obligatoriedad de realizar el consentimiento informado por escrito en caso de intervención quirúrgica</p>											
<p>D./Dña., con DNI/Pasaporte nº en calidad de paciente o, en su defecto D./Dña con DNI/Pasaporte nº como Representante y/o Tutor del paciente, mayor de edad, en pleno uso de mis facultades mentales manifiesto que:</p> <p>He sido informado de forma satisfactoria por el Dr/Dra adscrito a la unidad de de los siguientes puntos: qué es, como se realiza, para qué sirve, los riesgos existentes, posibles molestias o complicaciones y alternativas al procedimiento.</p>											
<p>Identificación y descripción del proceso</p>											
<p>Objetivo y beneficios que se desean alcanzar con el procedimiento</p>											
<p>Alternativas terapéuticas</p>											
<p>Sus datos personales tratados por la Dirección General de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid, en el fichero Registro de Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública. Podrán llevarse a cabo las acciones previstas en la Ley. El titular podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la Dirección General de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, en la calle de la Aduana, número 29, 28013 Madrid, todo lo cual se informa en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.</p>											

Logotipo Institución	Nombre del procedimiento
Consecuencias relevantes que el proceso origina con seguridad	
Riesgos probables	
Riesgos relacionados con el paciente	
Contraindicaciones	
Advertencia sobre el posible uso de los proyectos terapéuticos que se le realicen para proyectos docentes o de investigación	
<p>Declaración de consentimiento</p> <p>Dr/Dña de años de edad. Con domicilio en y D.N.I nº</p> <p>Dr/Dña de años de edad. Con domicilio en y D.N.I nº</p> <p>En calidad de de (Representante legal, familiar o allegado)</p> <p>CONSIENTO que se me realice el procedimiento en fecha</p> <p>Fdo: El/la Médico Fdo: El Paciente Fdo: El representante legal, familiar o allegado</p>	
<p>Renuncia al derecho de información</p> <p>Manifiesto que, por razones personales, renuncio al derecho de información que me corresponde como paciente y expreso mi deseo de no recibir información, en el momento actual, sobre el proceso de mi enfermedad sin que ello implique que no pueda dar mi consentimiento para someterme a la realización de esta intervención, tal como he prestado y firmado en el apartado anterior.</p> <p>Madrid, a de De 20.....</p> <p>Fdo: El Paciente Fdo: El representante legal, familiar o allegado</p>	
<p>Revocación de consentimiento</p> <p>REVOCO el presente consentimiento informado en función del apartado 5 del artículo 8 de la Ley 41/2002 en a de de 20.....</p> <p>Fdo: El Paciente Fdo: El representante legal, familiar o allegado</p>	
<p>Sus datos personales son tratados por la Dirección General de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid, en el fichero Registro de Pacientes en Lista de Espera Quirúrgica de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública. Podrán llevarse a cabo las cesiones previstas en la Ley. El titular podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la Dirección General de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, en la calle de la Aduana, número 29, 28013 Madrid, todo lo cual se informa en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.</p>	

9. Anexo II



Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid

SECRETARÍA GENERAL

Santa Isabel, 51 – 28012 Madrid – Tlf.: 91 538 51 04 – Fax: 91 539 63 06
<http://www.icomem.es> – e-mail: icomem@icomem.es

ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS DE MADRID	
16 DIC. 2009	
REGISTRO	ENTRADA N.º
SALIDA N.º	16451

DON JOSE MARIA DIEZ CORDERO, VICESECRETARIO DEL ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MEDICOS DE MADRID.

CERTIFICO: Que el Pleno de la Junta Directiva en sesión celebrada el día diez de diciembre de dos mil nueve, adoptó entre otros el siguiente acuerdo.-----

“**Expediente 275/09.**- Se da lectura del Comunicado Interior recibido de la Comisión Deontológica el cual dice textualmente:-----

En cumplimiento del acuerdo alcanzado en el Pleno de Comisión Deontológica del pasado 4 de noviembre de 2009, venimos a solicitar a la Junta Directiva autorización para que la Comisión pueda colaborar estrechamente con el Dr. Carrascosa, Director Médico del Hospital Infanta Leonor, en orden a la revisión de todos los consentimientos informados que en la actualidad existen en los centros asistenciales de la Comunidad de Madrid.-----

El Pleno de la Junta Directiva acuerda autorizar a la Comisión Deontológica a colaborar con el Dr. Carrascosa para revisar los consentimientos informados.-----

Para que conste y surta los efectos oportunos, firmo el presente en Madrid a once de diciembre de dos mil nueve.-----

Vº. Bº.
 EL VICEPRESIDENTE

J. Diez Cordero



J. Diez Cordero

El paciente como enemigo

Filiberto Chuliá Fernández

1. Las agresiones a los profesionales sanitarios. Aproximación al problema
2. Un estudio en Atención Especializada. Área V de la Comunidad de Madrid
 - 2.1. Justificación
 - 2.2. Objetivo
 - 2.3. El método
 - 2.4. Las limitaciones del estudio
 - 2.5. Resultados
 - 2.6. Sinopsis de resultados
3. Discusión
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Las agresiones a los profesionales sanitarios. aproximación al problema

Según un informe de la **Organización Mundial de la Salud** (OMS) la violencia en el trabajo afecta por igual a los países más desarrollados y a los más pobres. Este informe denuncia que casi un 25% de todos los episodios de violencia se producen en el sector sanitario¹.

En los estudios consultados que analizan este problema lo primero que llama la atención es la disparidad de conceptos que se utilizan para delimitar lo que es o lo que se considera una agresión a los profesionales sanitarios. Aunque frecuentemente cuando se habla de violencia se piensa en la **agresión física** es mucho más frecuente la violencia **psicológica** o emocional, que se expresa a través de amenazas u ofensas verbales.

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define **agresión** como todo ataque o **acto violento** que causa daño. Definiéndose la **violencia** como la acción de utilizar la fuerza y la intimidación para conseguir algo.

La **violencia** (del Lat. *violentia*) es un comportamiento conscientemente buscado, que provoca, o puede provocar, daños físicos o psicológicos. Estos daños se proyectan no sólo a los **profesionales** que directamente las padecen, sino también a las **empresas e instituciones de las que ellos dependen e, incluso, a los propios pacientes**.

El fenómeno de la violencia en el trabajo puede tener distintas expresiones tal y como destaca Duncan Chappell y Vittorio Di Martino²: homicidio, violación, robo, herir, golpear, ataques psíquicos, patear, cortar, perforar, escupir, rasguñar, apretar, pellizcar, acechar, hostigamiento (sexual y racial), intimidar, acosar, victimizar, amenazar, aislar, dejar mensajes ofensivos, tener una postura agresiva, hacer gestos groseros, interferir con el trabajo, las herramientas y equipos, comportamiento hostil, hacer juramentos, maldecir, gritar, poner a alguien sobrenombres des-

pectivos o llamarle «estúpido», «vago», «tonto», «idiota», hacer insinuaciones, hacer el vacío, etc.

La Organización Mundial de la Salud define la violencia como: El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivamente ejecutada, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. La definición comprende tanto la violencia interpersonal como el comportamiento suicida y los conflictos armados. Cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones³.

Además de la muerte y las lesiones, la definición comprende las numerosísimas consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos ostensibles, como los daños psíquicos, que comprometan el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades.

Hay un reconocimiento general de que los costos sociales y económicos que provocan el fenómeno de las agresiones en el Sector Sanitario son importantes, aunque no es fácil su cálculo pues una gran parte son inmateriales como son los que se expresan en términos de miedos, temores, angustias, depresión, inseguridad, estrés, ansiedad, cambio de puesto de trabajo, etc. Otros, son más fácilmente evaluables como lo son los que supone la instalación de video-vigilancia, botones antipánico, bloqueo de puertas y accesos, instalación de sistemas de seguridad, contratación de personal de seguridad, diseño y ejecución arquitectónica de edificios, contratación de personal para sustituir las bajas laborales provocadas por las agresiones, rotación de personal, pérdida de productividad y calidad en el trabajo, etc.

Según la Nacional Audit Office (NAO)⁴ no hay estudios que evalúen el impacto financiero del problema de la violencia en el lugar de trabajo en el Sector Sanitario, pero basándose en estimaciones del coste de los accidentes relacionados con el trabajo, la NAO estima los costes directos en por lo menos 69 millones de libras al año. Esto excluye los

¹ http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/interpersonal/en/WVleafletSP.pdf

² «Violencia en el trabajo» Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Boletín de Salud y Safety*, volume 6, number1, April 1999 *De seguridad de Asia y el Pacífico*, volumen 6, número1, abril de 1999

³ WHO Global Consultation on Violence and Health. *Violence: a public health priority*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9275324220_spa.pdf.

⁴ Press Release - A Safer Place to Work: Protecting NHS Hospital and Ambulance Staff from Violence and Aggression 27 March 2003 - A Safer Place to Work: Protecting NHS Hospital and Ambulance Staff from Violence and Aggression <http://www.nao.org.uk/news/0203/0203527.aspx>

⁵ «Violencia en el trabajo» Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Boletín de Salud y Safety*, volume 6, number1, April 1999 *De seguridad de Asia y el Pacífico*, volumen 6, número1, abril de 1999.

costos de reemplazo de personal y los costes humanos, tales como el estrés, desmoralización, la pérdida de productividad y elevada rotación del personal, que se sabe son inherentes al problema.

Según Duncan Chappell y Vittorio Di Martino⁵, en los Estados Unidos, en 1992, los costos totales de la violencia en el lugar de trabajo para los empleadores fueron de más de 4 mil millones, de acuerdo a una investigación dirigida por el Instituto Nacional de Seguridad en el Trabajo.

En Canadá, las demandas en solicitud de indemnización por violencia laboral de los trabajadores de hospitales se han incrementado un 88 % desde 1985, de acuerdo con el Consejo de Trabajadores de British Columbia.

En Alemania, el costo directo de la violencia psíquica en una empresa de 1000 trabajadores ha sido calculado en 112.000 dólares por año, más unos 56.000 dólares de costos indirectos. Por supuesto, sin olvidar los daños que emergen en forma de muertes, lesiones físicas

Según las « Directrices para enfrentar a la violencia en el lugar de trabajo dentro del sector de la salud», Organización Internacional del Trabajo/Consejo Internacional de Enfermeras/Organización Mundial de la Salud/Internacional de Servicios Públicos (OIT/CIE/OMS/ISP) programa en común, Ginebra, 2002:

Casi el 25% de todos los incidentes violentos en el trabajo se registran en el sector de la salud.

Más del 50% de las personas que trabajan en Servicios de Salud, ha experimentado incidentes en su trabajo.

La violencia psicológica es más frecuente que la física.

Entre el 40 y el 70% de las víctimas informan que tienen graves síntomas de estrés.

El estrés y la violencia responden de un 30% de los costos totales por mala salud.

En efecto, la violencia en la actividad sanitaria puede ocasionar negativas consecuencias **para el paciente** y desde luego, el primer efecto es la ruptura o cuando menos un grave deterioro en la relación con el profesional sanitario víctima directa de la agresión, y su entorno profesional, pudiendo provocar como efecto lógico una desconfianza y rechazo a los tratamientos por parte del paciente, la prolongación (innecesaria) de la estancia hospitalaria, un aumento de la tensión en la relación con el paciente generadora de más violencia, incluso una clasifica-

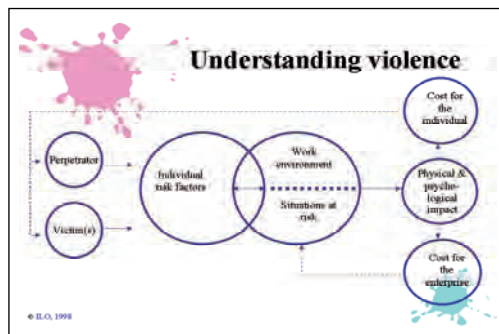
ción del paciente, en el caso de los psiquiátricos, como violento, incrementando el número de ingresos judiciales o involuntarios.

Para los **propios profesionales**, son claras las consecuencias en forma de tensión, ira, pérdida de la confianza en sí mismos, desconfianza hacia las personas extrañas, ansiedad, miedo, sentimiento de indefensión, inseguridad, culpabilidad, humillación, algunas de estas consecuencias describen muy bien el síndrome del *bornout*.

Incluso, como queda dicho, hay estudios que informan de que si la situación se prolonga, las consecuencias pueden ser: **enfermedad física**, con trastornos de salud diversos: enfermedades cardiovasculares, respiratorias, trastornos de base inmunitaria, digestivos, dermatológicos, musculoesqueléticos, ... **problemas psicológicos**: ansiedad, depresión, paranoia, somatizaciones, pueden sufrir el síndrome de estrés posttraumático..., **abuso de medicamentos y sustancias tóxicas**; también, se van a ver **afectados el ámbito familiar y social** y puede llevarles al abandono de la profesión.

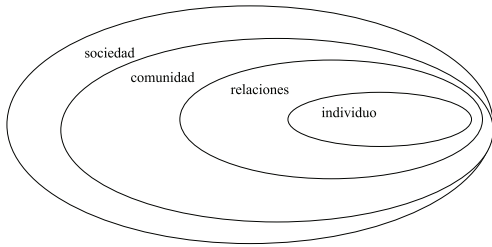
Las **Empresas y Centros en donde se producen**, van a sufrir también las agresiones en forma de, posible empeoramiento de los resultados, perturbación de las relaciones interpersonales y el clima laboral, desmotivación, absentismo, actitud negativa al trabajo, bajas laborales, jubilaciones anticipadas, aumento de rotación de los trabajadores, disminución de la eficacia y la productividad, pérdida de imagen, aumento de gastos en medidas de seguridad, y responsabilidades jurídicas.

VIOLENCE AT WORK* by Duncan Chappell and Vittorio Di Martino Asian-Pacific Newsletter on Occupational Health and Safety, volume 6, number 1, April 1999



⁵ «Violencia en el trabajo» Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Boletín de Salud y Safety*, volume 6, number1, April 1999 *De seguridad de Asia y el Pacifico*, volumen 6, número1, abril de 1999.

El *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, recurre a lo que denomina un «modelo ecológico» para aproximarse a la comprensión de la naturaleza poliédrica de la violencia. Su principal utilidad estriba en que ayuda a distinguir, en cuatro niveles, entre los innumerables factores que influyen en la violencia, al tiempo que proporciona un marco para comprender cómo interactúan.



En el primer nivel se identifican los factores estrictamente individuales que influyen en el comportamiento de los *individuos* y que son favorecedores de comportamientos violentos. Son factores que algunos casos pueden medirse como ciertas características demográficas (edad, educación, ingresos), los trastornos psíquicos o de personalidad, existencia de consumo de drogas de abuso, antecedentes de comportamientos agresivos o de haberlos padecido, etc.

En el segundo nivel se abordan *las relaciones* más próximas que ha mantenido el individuo. Es decir, las familiares o con sus parejas o amigos, en el medio laboral o educativo. Se puede investigar cómo aumentan éstas el riesgo de sufrir o perpetrar actos violentos. Responden al viejo dicho de «dimes con quien andas y te diré quien eres».

En el tercer nivel se exploran *el entorno comunitario (laboral, profesional, social) en donde se desarrolla la experiencia vital del sujeto*. Se trata de aislar las características de estos ámbitos que aumentan el riesgo de actos violentos.

El cuarto nivel se refiere a factores estructurales de la Sociedad que pueden incidir positiva o negativamente, esto es, favorecer o inhibir la violencia o el episodio violento. Tiene que ver con las normas sociales y culturales instaladas en la Sociedad.

En este nivel, estarían las políticas sanitarias, económicas, educativas y sociales⁶.

Por tanto, estamos ante un fenómeno importante y de gran repercusión, pero que, hasta tiempos reciente, ha tenido tradicionalmente, en nuestro País, escasa acogida por Instituciones, Corporaciones Profesionales, Organizaciones Sindicales y medios de comunicación social, hasta abril de 2003, a raíz de los sucesos ocurridos en la Fundación Jiménez Díaz, en el que saltó a los medios de comunicación social de forma masiva⁷. Desde entonces, es un tema que cada vez está más de actualidad y que es objeto de atención de todos aquellos que de una u otra manera les afecta profesionalmente el problema.

Conscientes del fenómeno de la violencia contra los profesionales de las Instituciones Sanitarias, y de manera pionera a nivel del Estado, se creó, en 2003, un grupo de trabajo formado al efecto en el, entonces, **Instituto Madrileño de la Salud**, en el que se incorporaron las aportaciones realizadas por las organizaciones firmantes del **Plan de Calidad Integral de los Servicios Sanitarios de la Comunidad de Madrid** y el **Colegio Oficial de Médicos de Madrid**, dando como fruto a la **Orden del Consejero de Sanidad y Consumo, 212/2004, de 4 de marzo (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 15 de marzo de 2004)**, por la que se establece las directrices y líneas generales para la elaboración de **planes de prevención y atención** frente a **potenciales situaciones conflictivas** con los ciudadanos en los centros e instituciones sanitarias públicas y crea la comisión central de seguimiento.

En la misma Orden se indicaba que, **no hay datos estadísticos precisos sobre agresiones a personal de los Centros e Instituciones Sanitarias**, pero que, sin embargo, en los últimos años se viene constatando un progresivo incremento de las mismas, así como una mayor tensión en el trato de algunos ciudadanos hacia el personal sanitario. Destacando que tal y como señala la **Organización Internacional del Trabajo**, que son los profesionales sanitarios los que presentan un mayor riesgo de sufrir *agresiones o actos de violencia* debido al estrecho contacto con usuarios y clientes.

La citada Disposición tenía unos objetivos muy ambiciosos que con posterioridad han sido segui-

⁶ http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9275324220_spa.pdf

⁷ <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/05/09/madrid/1147174876.html>

http://www.elpais.com/articulo/madrid/jefes/doctora/Mingo/rechazaron/tomar/medidas/dias/asesinatos/elpepautmad/20030415elpmad_9/Tes/

dos, de una u otra manera, en otras Comunidades Autónomas (Andalucía, Castilla-León, La Rioja, Murcia, Asturias, Canarias, Valencia, etc.) pues establecía la necesidad de articular **actuaciones integrales, en forma de planes específicos** de prevención y atención en los Centros e Instituciones Sanitarias dependientes de la Consejería de Sanidad y Consumo, dirigidas a prevenir potenciales situaciones conflictivas con los ciudadanos en los Centros y Servicios Sanitarios y, prestar en su caso, el apoyo y asesoramiento necesario a aquellos profesionales que hayan sido objeto de agresiones, y aconsejaba la necesidad de establecer planes específicos. Pero partía de reconocer que **habían muy pocos estudios que permitieran conocer la magnitud del problema.**

Hoy, en España, en **abril de 2010**, no ha mejorado significativamente la cuestión⁸, pues aunque las conductas violentas y la agresividad han sido objeto de numerosas investigaciones, por lo general, los estudios se han realizado desde las perspectivas más diversas y heterogéneas y por eso mismo muy poco susceptibles de poder extraer conclusiones universalmente aceptables.

No obstante, en todas las investigaciones efectuadas parece que hay unanimidad en considerar que estamos **ante un problema de gran magnitud y absolutamente infradenunciado.**

Precisamente, como la violencia está tan generalizada, a menudo se considera parte del contenido del puesto de trabajo y así es asumida frecuentemente por la administración, los empleadores y, en ocasiones, y lo que es más grave, por los Jueces y Tribunales y por, tanto, por los trabajadores. Como muestra el ejemplo que nos ofrece la Sentencia 194/2009, del Juzgado Instrucción n.º 22, Madrid en donde a pesar de reconocer que el denunciado se dirigió a la enfermera en todo vejatorio y amenazante, con frases como *«os repito os estaríais tocando el chocho o las tetas», «alguien iba a salir por la ventana» en los fundamentos jurídicos razona que «...lo cierto es que los hechos no son de tanta gravedad como para que merezca una sanción penal, y aunque no se encuentran justificados o naturales los actos, sí hay que entender sus sentimientos en cuanto a que su hija se encontraba hospitalizada y pretendía de forma impaciente saber lo que la pasaba. Por lo que procede la absolución del denunciado».* Es decir, con esta argumentación el personal

de enfermería; y, por extensión, todo el personal que presta de un modo u otro atención sanitaria tiene que aguantar las impacencias y nerviosismos de los familiares de los pacientes. Por extensión se podría llevar el argumento a otros nerviosismos como son los que puede provocar no ya la acción regular de La Justicia sino, y esto es más frecuente, las dilaciones que su funcionamiento conlleva normalmente. Lógicamente, la sentencia fue recurrida por el autor del presente estudio, letrado de la enfermera en cuestión, ante la Audiencia Provincial de Madrid que, con mejor juicio resolvió, en sentencia de 1 de marzo de 2010, revocarla y condenar al denunciado como autor de una falta de vejaciones injustas y amenazas.

2. Un estudio en atención especializada. Área V de la Comunidad de Madrid

2.1. Justificación

Surge, por tanto, la necesidad de cuantificar el número y cuantía de las agresiones que se producen para poder comprender la magnitud y los vértices del problema para, en su caso, intentar algún tipo de solución. A este fin se dirige mi estudio.

Precisamente, en el Hospital «La Paz», siguiendo las directrices emanadas de la Orden 212/2004, se comenzaron a impartir desde abril de 2004, cursos bajo el rótulo de **Prevención de Situaciones Conflictivas** en el Hospital «La Paz», realizándose, hasta la fecha 21 cursos y que fueron dirigidos tanto al personal sanitario como al no sanitario, participando escasamente el personal facultativo y en el que he tenido la oportunidad de colaborar como docente.

Pues bien, desde el principio, durante el diálogo con los profesionales, me llamó mucho la atención que aunque gran parte de los participantes manifestaban que habían recibido insultos y vejaciones, no las reconocían como actos violentos o agresivos, incluso, consideraban que eran parte *normal* de su trabajo, y que en un porcentaje bajísimo se comunicaban a los superiores y mucho menos se denunciaban.

Estas apreciaciones me motivaron a confeccionar, a partir de 2007 un impreso de recogida de datos que sirviera de vehículo para recolectar las expe-

⁸ La mayoría de los colegios de médicos tienen su propio registro de agresiones, pero todos coinciden en señalar que se ponen en conocimiento menos de las que se producen. Se señala por la Organización Médica Colegial que «Lo que estamos viendo es sólo la punta del iceberg» (Diario Médico 14/04/2010) por lo que es necesario crear un Observatorio de Agresiones. Con el fin de ayudar al médico en este trance han publicado una «Guía de actuación para prevenir las agresiones a los sanitarios».

riencias de los asistentes a los cursos sobre este particular y me permitieran acercarme mejor al conocimiento del problema.

Se trataba de un impreso o cuestionario, anónimo y autoadministrado, en el que solicitaba informaran sobre las siguientes cuestiones:

Categoría profesional y antigüedad, la existencia de antecedentes de haber padecido agresiones, la fecha aproximada, el Servicio en que ocurrió, la descripción de la agresión. Si el conflicto fue protagonizado por el paciente o por los acompañantes, la relación de parentesco del agresor con el paciente, las circunstancias que fueron las que determinaron el incidente, si se podría haber evitado, si se comunicó a sus superiores y en que forma, si se denunció el hecho y en donde (Policía o Juzgado), etc.

Hay que tener en cuenta que el Hospital Universitario «La Paz» es un Centro Hospitalario Público, dependiente de la Comunidad de Madrid, situado en la zona norte de la ciudad de Madrid. Desde su inauguración en 1964, su fisonomía ha ido cambiando y creciendo hasta convertirse en el gran Centro de Referencia que hoy todos conocen, compuesto por un entramado de 17 edificios y cuatro grandes hospitales: el Hospital General, el Hospital Maternal, el Hospital Infantil y el Hospital de Traumatología y Rehabilitación que integran una gran infraestructura formada por un espacio de 180.000 metros cuadrados y todo el equipamiento de alta tecnología y pruebas diagnósticas necesario para realizar su misión.

El Hospital Universitario «La Paz» atiende sanitariamente a las personas de los municipios del área 5 a través de los Centros de Especialidades de Fuencarral, Bravo Murillo, Peñagrande, Colmenar Viejo y el Hospital de Cantoblanco, adscrito a la Paz en 2005, sin olvidar que atiende todos los años a un gran número de pacientes procedentes de toda España y ciudadanos de otros Países.

Durante el año 2009, el Hospital Universitario «La Paz» ha atendido a más de 50.500 personas en sus plantas de hospitalización, y a más de 220.000 pacientes en sus servicios de urgencia. Ha atendido cerca de un millón de consultas externas y en sus instalaciones se han practicado 42.890 intervenciones quirúrgicas, algunas de gran complejidad técnica como los diferentes tipos de trasplantes que en ese centro se realizan.

La Maternidad del Hospital Universitario «La Paz» es el Hospital de Europa con mayor número de partos atendidos con un total de 639.773, desde su apertura en 1965. En el 2009, se atendieron 7.449 partos. Este volumen de actividad es posible gracias a la labor de 7.000 profesionales⁹.

2.2. Objetivo

Me planteo el objetivo de explotar la información contenida en dichos cuestionarios, cuantificar el número y el tipo de agresiones sufridas por los profesionales asistentes a los citados cursos e intentar formular alguna hipótesis etiológica. Es decir, estimar la prevalencia de las agresiones en la población estudiada, así como describir el perfil epidemiológico de las agresiones recibidas por los sujetos del estudio, así como explorar las vivencias del personal con relación a las agresiones. Posteriormente, a la vista de los resultados obtenidos, me propongo confrontar, en la discusión, la literatura relevante sobre la cuestión con el fin de poder formular las pertinentes conclusiones.

2.3. El método

Es un estudio **descriptivo**, por tanto, en su parte cuantitativa no evalúo ninguna hipótesis de trabajo. Si bien, en su parte cualitativa, estas surgirán a raíz del análisis de los datos. Es **observacional**, porque no existe manipulación de las variables y es **transversal** porque no existe una continuidad en el eje temporal.

El cuestionario recoge variables cualitativas y cuantitativas. Categoría profesional, Servicio o Unidad, si el agresor fue el paciente o un acompañante, la antigüedad, el número de agresiones, etc.

En cuanto a la metodología cuantitativa, los datos obtenidos de los cuestionarios se han recolectado en una base, en formato Excel y se han analizado utilizando el paquete SPSS¹⁰. Fijamos un intervalo de confianza del 95% ($p < 0,05$).

2.4. Limitaciones del estudio

Las participantes son profesionales de distintas áreas del Hospital seleccionados, en función de las necesidades organizativas, por sus responsables respectivos

⁹ Datos extraídos de la página web del Hospital http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1191579395087&language=es&pagename=HospitalLaPaz%2FPag%2FHPAZ_contenidoFinal

¹⁰ «Utilizando la ayuda que me ha prestado en las cuestiones técnicas el Servicio de Bioestadística del Hospital Universitario «La Paz».

para participar como alumnos en el curso «Prevención de Situaciones Conflictivas» a quienes se les invitó a participar mediante la cumplimentación de un cuestionario anónimo autoadministrado. Por tanto, la principal limitación proviene del posible sesgo en la elección de los participantes del curso, que creemos que no invalida los resultados del mismo, toda vez que no han sido seleccionados en función de que hayan padecido o no alguna agresión. Otro sesgo del estudio lo da el hecho de la escasa representación de facultativos en los cursos (35 participantes).

2.5. Resultados

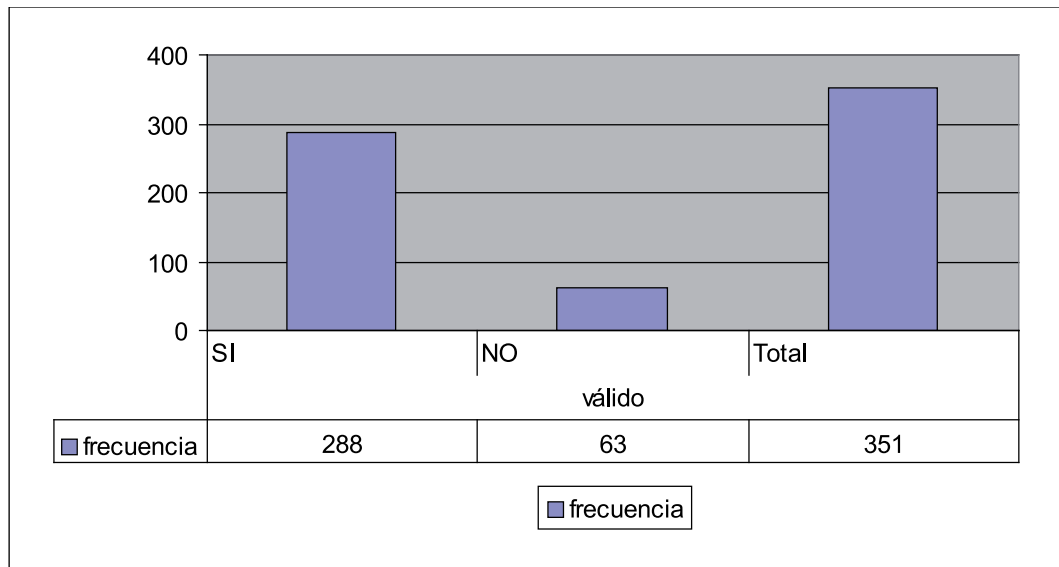
Se han recogido 351 cuestionarios, siendo el porcentaje de respuesta del 95%.

Han respondido reconociendo haber sufrido agresiones en algún momento de su vida profesional 288 trabajadores, lo que supone un 82,1%. De los que sólo 19 (6,59%) han declarado que denunciaron los hechos ante el Juzgado o la Policía. El 17,9% (63) han expresado que no han padecido este tipo de experiencias (tabla y gráfico 1).

TABLA 1

Agresiones	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Sí	288	82,1	82,1	82,1
Válido No	63	17,9	17,9	100,0
Total	351	100,0	100,0	

GRÁFICO 1.
Frecuencia



Por profesiones, la tabla 2 muestra la distribución de frecuencias de las agresiones por grupos profesionales y su significación porcentual.

Por tiempo de antigüedad, se contestan 337, dejando de contestar este apartado 14 (tabla 3) siendo

la antigüedad mínima de un año o menor de un año y la máxima 48 años. El valor que más se repite (25 veces) son los treinta años de antigüedad, lo que supone un 7,4% respecto del total de datos obtenidos (tabla 4 y gráfico 2).

TABLA 2

	Frecuencia	%	% válido	% acumuladot
Otros	3	0,9	0,9	0,9
Facultativos	13	3,7	3,7	4,6
Otros Facultativos	1	0,3	0,3	4,8
DUE	119	33,9	33,9	38,7
Matronas	27	7,7	7,7	46,4
Fisioterapéutas	2	0,6	0,6	47,0
Aux. Enfermería	83	23,6	23,6	70,7
Válido Técnicos FP	1	0,3	0,3	70,9
Aux. Admvos.	46	13,1	13,1	84,0
Celadores	51	14,5	14,5	98,6
E. Turno	1	0,3	0,3	98,9
T. Social	2	0,6	0,6	99,4
Telefonista	1	0,3	0,3	99,7
Otros Admvos.	1	0,3	0,3	100,0
Total	351	100,0	100,0	

Profesiones representadas



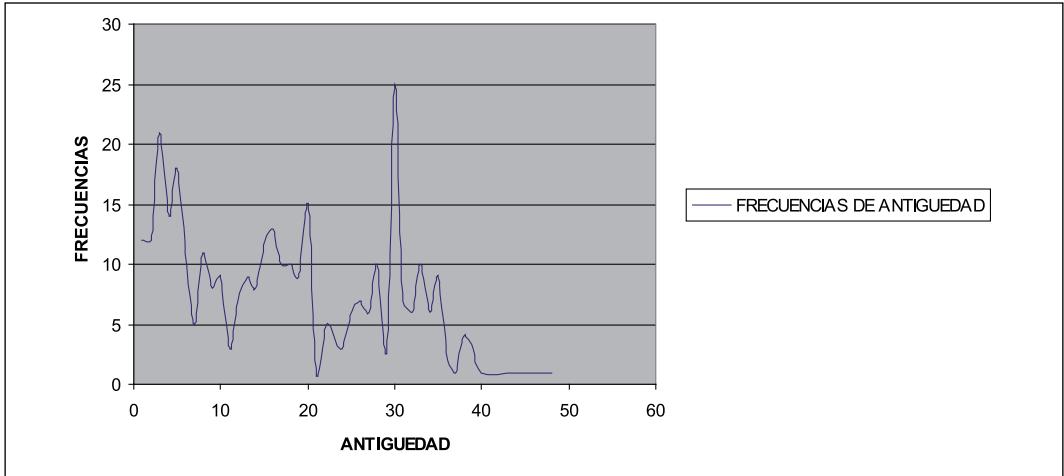
TABLA 3

N	Válidas	337
	No contestan	14
%		17,27
Desv. Estándar		11,372
Edad mínima		1
Edad máxima		48
	25	6
Percentiles	50	16
	75	28

TABLA 4

Antigüedad	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
1	12	3,4	3,6	3,6
2	12	3,4	3,6	7,1
3	21	6,0	6,2	13,4
4	14	4,0	4,2	17,5
5	18	5,1	5,3	22,8
6	10	2,8	3	25,8
7	5	1,4	1,5	27,3
8	11	3,1	3,3	30,6
9	8	2,3	2,4	32,9
10	9	2,6	2,7	35,6
11	3	0,9	0,9	36,5
12	7	2,0	2,1	38,6
13	9	2,6	2,7	41,2
14	8	2,3	2,4	43,6
15	12	3,4	3,6	47,2
16	13	3,7	3,9	51,0
17	10	2,8	3	54,0
18	10	2,8	3	57,0
19	9	2,6	2,7	59,6
20	15	4,3	4,5	64,1
21	1	0,3	0,3	64,4
22	5	1,4	1,5	65,9
23	4	1,1	1,2	67,1
24	3	0,9	0,9	68,0
25	6	1,7	1,8	69,7
26	7	2,0	2,1	71,8
27	6	1,7	1,8	73,6
28	10	2,8	3	76,6
29	3	0,9	0,9	77,4
30	25	7,1	7,4	84,9
31	7	2,0	2,1	86,9
32	6	1,7	1,8	88,7
33	10	2,8	3	91,7
34	6	1,7	1,8	93,5
35	9	2,6	2,7	96,1
36	2	0,6	0,6	96,7
37	1	0,3	0,3	97,0
38	4	1,1	1,2	98,2
39	3	0,9	0,9	99,1
40	1	0,3	0,3	99,4
44	1	0,3	0,3	99,7
48	1	0,3	0,3	100,0
Total	337	96,0	100,0	
No contesta	14	4,0		
Total	351	100,0		

GRÁFICO 2.
Frecuencias de antigüedad



Por sexo, el 72,4% (254) corresponde a personal femenino. Por número de agresiones padecidas, 221 (77,8 de los respondedores) declaran haber padecido, al

menos una agresión y 50 (17,6 de los que responden) reconocen haber recibido 4 ó más agresiones (tabla 5). No contestan 67, lo que supone un 19,1% (gráfico 3).

TABLA 5.
Agresiones según sexo

	Frecuencia	%	% válido	% acumulativo
Hombre	76	21,7	23,0	23,0
Mujer	254	72,4	77,0	100,0
Total	330	94,0	100,0	
No contesta	21	6,0		
Total	351	100,0		

GRÁFICO 3.
Agresiones según sexo

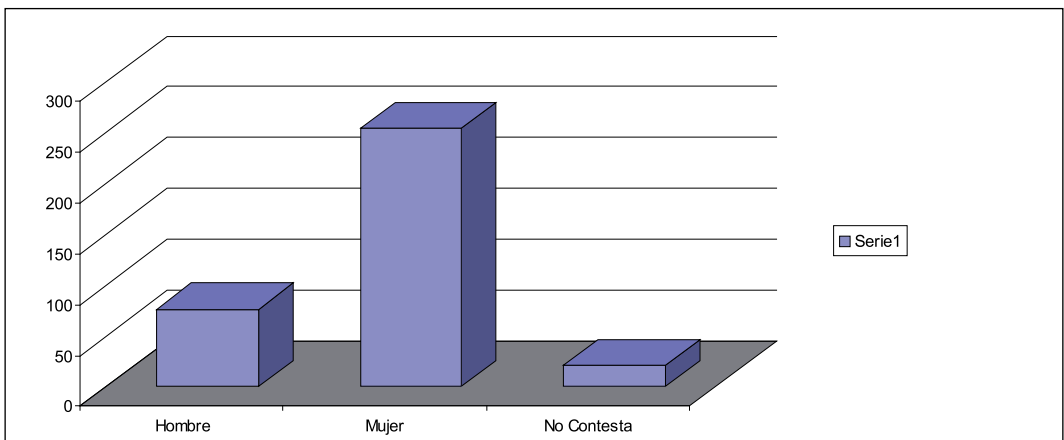


TABLA 6.
Número de agresiones padecidas

Núm. agresiones	Frecuencia	%	% Válido	% acumulado
1	221	63,0	77,8	77,8
2	12	3,4	4,2	82
3	1	0,3	0,4	82,4
4	50	14,2	17,6	100,0
Total	284	80,9	100,0	
No contestan	67	19,1		
Total	351	100,0		

Se ha encontrado una correlación positiva entre el número de agresiones recibidas y la antigüedad, según se muestra en la tabla 7 (ρ Spearman = 0,150).

La forma o el modo en que se han efectuado las agresiones se han agrupado en las siguientes categorías: Insultos, amenazas, coacciones, acometimientos físicos sobre el profesional y daños a las cosas; encontrándose que se señalado a los insultos 298 veces

como tipo más frecuente de agresión, lo que supone un 69% del total de las agresiones, sobre 432 agresiones declaradas. A los insultos, le sigue las amenazas (134, lo que supone un 31%)coacciones, declaradas 81 veces, es decir, un 18,8% del total; agresiones físicas un 6,7% y daño a las cosas un 6,5%; ocasionando, según la encuesta, sólo lesiones declaradas como leves en 2 ocasiones (0,5%) y repercusiones psicológicas en otras 2 ocasiones (0,5%).

Agresiones (%)

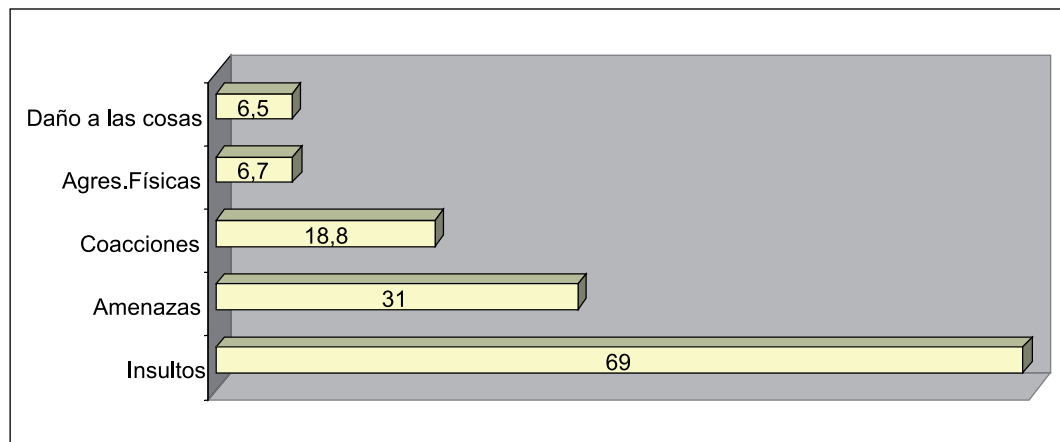


TABLA 7

Insultos				
	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
NO	134	31,0	31,0	31,0
SI	298	69,0	69,0	100,0
Total	432	100,0	100,0	

TABLA 7. (Continuación)

		Amenazas			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	298	69,0	69,0	69,0
	SI	134	31,0	31,0	100,0
	Total	432	100,0	100,0	
		Coacciones			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	351	81,3	81,3	
	SI	81	18,8	18,8	100,0
	Total	432	100,0	100,0	
		Acontecimientos físicos			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	403	93,3	93,3	93,3
	SI	29	6,7	6,7	100,0
	Total	432	100,0	100,0	
		Daños a las cosas			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	404	93,5	93,5	93,5
	SI	28	6,5	6,5	100,0
	Total	432	100,0	100,0	
		Lesiones graves			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Valid	0	432	100,0	100,0	100,0
		Lesiones leves			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	430	99,5	99,5	99,5
	SI	2	0,5	0,5	100,0
	Total	432	100,0	100,0	
		Consecuencias psicológicas			
		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
	NO	430	99,5	99,5	99,5
	SI	2	0,5	0,5	100,0
	Total	432	100,0	100,0	

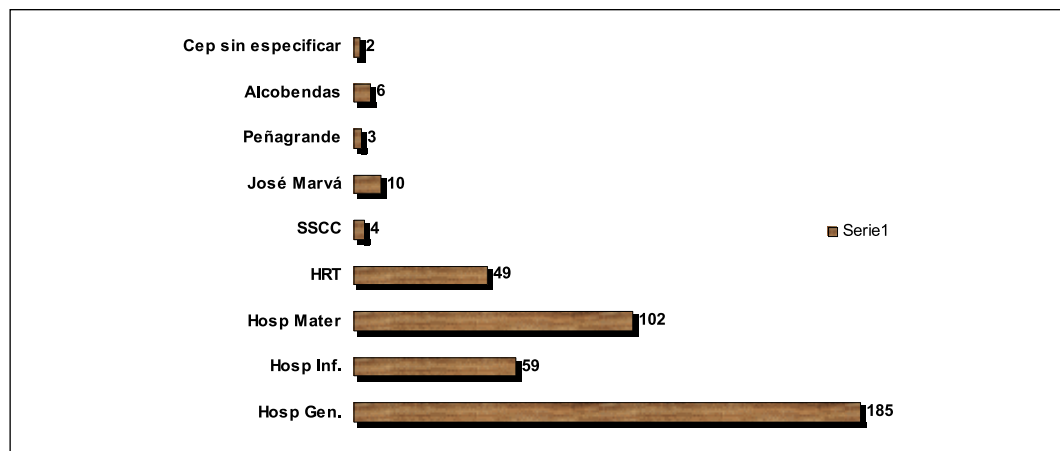
Por Centros, es el Hospital General donde se han declarado mayor cantidad de agresiones. Un total de 185, lo que supone un porcentaje de 42,8%. En el Hospital Maternal los declarantes han reconocido 102 agresiones (23,6%) (tabla 8,

gráfico 4). En los Servicios Centrales que agrupan aquellos que proyectan su actividad sobre los otros Centros, se han declarado un total de 4 agresiones, es decir, algo menos del 1% del total.

TABLA 8

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Hosp. General	185	42,8	44,0
	Hosp. Infantil	59	13,7	58,1
	Hosp. Materno	102	23,6	82,4
	HRT	49	11,3	94,0
	SSCC	4	0,9	95,0
	José Marvá	10	2,3	97,4
	Peñagrande	3	0,7	98,1
	Alcobendas	6	1,4	99,5
	Cep. sin especificar	2	0,5	100,0
	Total	420	97,2	100,0
No contestan	System	12	2,8	
Total		432	100,0	

GRÁFICO 4



Las agresiones más numerosas se han producido en las Urgencias, con 170 (39,4%) episodios declarados. En las zonas de hospitalización con 126 episodios (29,2%), suponen un el segundo lugar donde más agresiones se producen (tabla 9 y gráfico 5).

En cuanto al año de ocurrencia, se puede observar en la tabla 10 que es en 2008 cuando se reseñan

mayor número de agresiones, con un total de 121 (28%), agrupándose, en torno a este año, los períodos en que más agresiones se declaran haber producido, con 65 (15%) en 2007 y 63 (14,6) en 2009, seguido con 29 (7,5%) en 2006. Hay que reseñar que, precisamente es en 2008, precisamente, cuando más cursos se han efectuado con una notable disminución en 2009.

TABLA 9. Lugar

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Urgencias	170	39,4	41,6	41,6
Hospital	126	29,2	30,8	72,4
Consultas y at. ambulat.	60	13,9	14,7	87,0
Áreas comunes	53	12,3	13,0	100,0
Total	409	94,7	100,0	
No contestan	23	5,3		
Total	432	100,0		

GRÁFICO 5

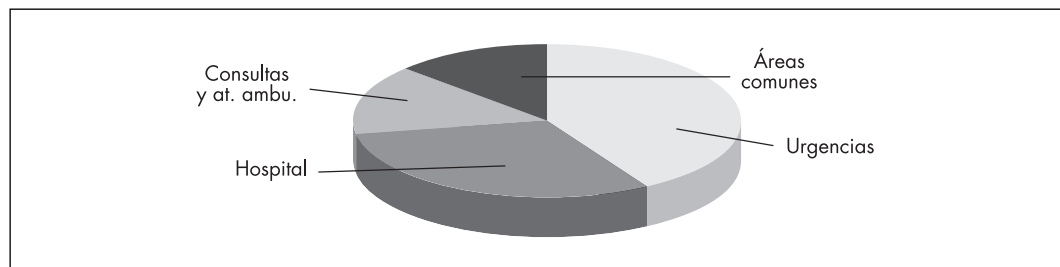
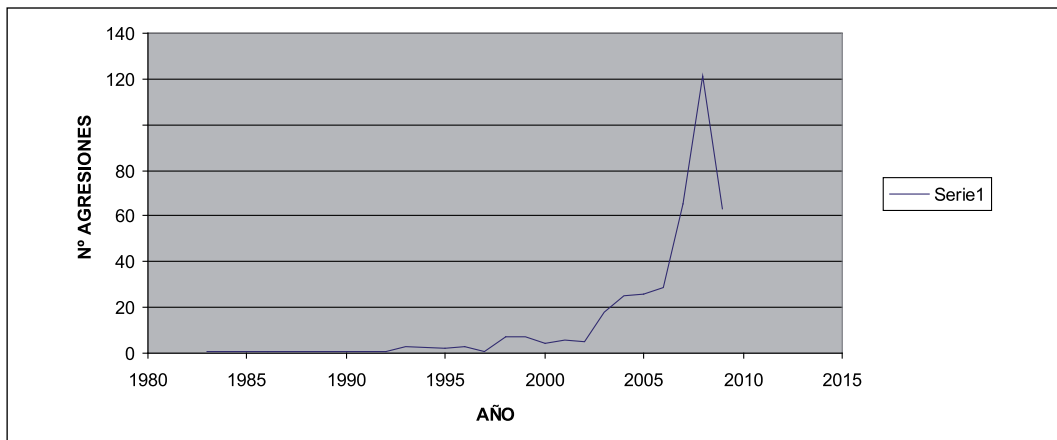


TABLA 10

Año	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
1983	1	0,2	0,3	0,3
1986	1	0,2	0,3	0,5
1990	1	0,2	0,3	0,8
1992	1	0,2	0,3	1,0
1993	3	0,7	0,8	1,8
1995	2	0,5	0,5	2,3
1996	3	0,7	0,8	3,1
1997	1	0,2	0,3	3,3
1998	7	1,6	1,8	5,1
1999	7	1,6	1,8	6,9
2000	4	0,9	1,0	8,0
2001	6	1,4	1,5	9,5
2002	5	1,2	1,3	10,8
2003	18	4,2	4,6	15,4
2004	25	5,8	6,4	21,9
2005	26	6,0	6,7	28,5
2006	29	6,7	7,5	36,0
2007	65	15,0	16,7	52,7
2008	121	28,0	31,1	83,8
2009	63	14,6	16,2	100,0
Total	389	90,0	100,0	
No contestan	43	10,0		
Total	432	100,0		

GRÁFICO 6.
Frecuencia de agresiones por años



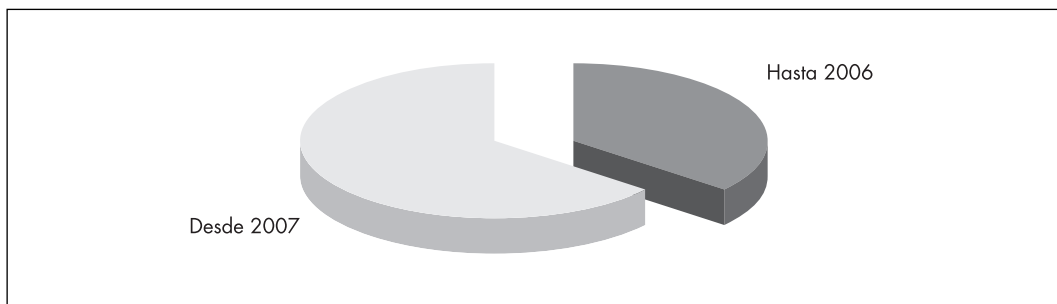
Se puede observar en el gráfico 7, que se corresponde con los datos de la tabla 11, como, a partir de 2007, se produce el mayor número de agresiones,

alcanzándose un total de 249 (el 57,6% sobre el total de episodios registrados (432), lo que supone el 64% de los que han respondido.

TABLA 11

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Hasta 2006	140	32,4	36,0	36,0
Desde 2007	249	57,6	64,0	100,0
Total	389	90,0	100,0	
No contestan	43	10,0		
Total	432	100,0		

GRÁFICO 7



Por forma de manifestarse la agresión. Del total de 271 agresiones verbales (insultos), se producen 188 (75,5%) desde 2007, frente a 83 (59,3%) que se producen hasta dicha fecha (tabla 12).

Del total de 389 agresiones, 271(69,7%), son insultos y 118 (30,3%), configuran el resto de agresiones, correspondiendo, de esas 118, 57 (48,3%) hasta 2006 y 61(51,7%), desde 2007.

Existe significación correlativa entre las variables examinadas.

Por el contrario, nos encontramos con una relación no significativa (Chi 2 de 0,133) en el caso de la tabla 13 que presenta las amenazas recogidas en la encuesta que estudiamos. De las 389 agresiones que, en total, se han declarado, 118 (30,3%) se corresponden a amenazas. De las cuales 49 (41,5%), se han producido hasta 2006 y 69 (58,5%), desde 2007. Por tanto, corresponden 271 (69,7%) a otro tipo de agresiones, repartidas 91 (33,6%) hasta 2006 y 180 (66,4%), desde 2007.

En el caso de las coacciones, se han producido 40 coacciones hasta 2006 y 32, desde 2007. Por tanto, disminuye ligeramente este tipo de agresión desde la fecha indicada (tabla 14).

En la tabla 15, se recogen los acometimientos físicos que se han señalado en las hojas de encuesta por los participantes del estudio. Se destaca que hasta 2006, se reflejan 16 agresiones de este tipo y desde 2007, 12. Esto supone un 11,4% sobre el total de agresiones hasta 2006 y un 4,8% sobre el total de agresiones desde 2007. Por tanto, el 57,1% de estas agresiones se han producido en el período que va hasta 2006 y el 42,9%, desde 2007. La relación entre este tipo de agresión y el año que se produce es significativa

En la tabla 16, se puede observar que el 20,8% de las agresiones que se han manifestado con daño a las cosas, esto es, arrojando o aporreando objetos, se han producido desde 2007 y el 79,2% restando en el período que va hasta 2006. Esto representa, el 13,6% del total de agresiones, para el período hasta 2006 y sólo un 2% para el período desde 2007.

TABLA 12.
Insultos

		NO	SÍ	TOTAL
		Total	57	83
Año	Hasta 2006	%	40,7%	59,3%
		%	48,3%	30,6%
	Desde 2007	Total	61	188
		%	24,5%	75,5%
Total		%	51,7%	69,4%
		Total	118	271
		%	30,3%	69,7%
		%	100,0%	100,0%

$$\rho = 0,001 < \chi^2 = 11,151$$

TABLA 13.
Amenazas

		NO	SÍ	TOTAL
		Total	91	49
Año	Hasta 2006	%	65,0%	35,0%
		%	33,6%	41,5%
	Desde 2007	Total	180	69
		%	72,3%	27,7%
Total		%	66,4%	58,5%
		Total	271	118
		%	69,7%	30,3%
		%	100,0%	100,0%

TABLA 14.
Coacciones

			NO	SÍ	TOTAL
		Total	100	40	140
Año	Hasta 2006	%	71,4%	28,6%	100,0%
		%	31,5%	55,6%	36,0%
	Total		217	32	249
	Desde 2007	%	87,1%	12,9%	100,0%
%		68,5%	44,4%	64,0%	
Total	Total		317	72	389
	%		81,5%	18,5%	100,0%
	%		100,0%	100,0%	100,0%

TABLA 15.
Acontecimientos físicos

			NO	SÍ	TOTAL
		Total	124	16	140
Año	Hasta 2006	%	88,6%	11,4%	100,0%
		%	34,3%	57,1%	36,0%
	Total		237	12	249
	Desde 2007	%	95,2%	4,8%	100,0%
%		65,7%	42,9%	64,0%	
Total	Total		361	28	389
	%		92,8%	7,2%	100,0%
	%		100,0%	100,0%	100,0%

$p = 0,015$ $\chi^2 = 5,860$

TABLA 16.
Daño a las cosas

			NO	SÍ	TOTAL
		Total	121	19	140
Año	Hasta 2006	%	86,4%	13,6%	100,0%
		%	33,2%	79,2%	36,0%
	Total		244	5	249
	Desde 2007	%	98,0%	2,0%	100,0%
%		66,8%	20,8%	64,0%	
Total	Total		365	24	389
	%		93,8%	6,2%	100,0%
	%		100,0%	100,0%	100,0%

En la tabla 17 figuran la significación, por grados, de las veces que se produce, acumulativamente, una, dos, tres, cuatro o las cinco formas de manifestarse la agresión (insultos, amenazas, coacciones, acometimientos físicos). La agresión expresada sólo de una forma, se produce 311 veces. Dos tipos, cualesquiera de agresiones efectuadas en la misma oca-

sión, se produce 39 veces. Treinta y tres veces se producen simultáneamente 3 formas de agresión. Sólo en cinco ocasiones se refleja la producción simultánea de 4 formas de agresión y en una sola ocasión, cuando la agresión se efectúa de todas las formas posibles. La relación entre las variables estudiadas es.

TABLA 17.
Grado

		1	2	3	4	5	TOTAL	
Total		101	17	17	4	1	140	
Año	Hasta 2006	% año	72,1%	12,1%	12,1%	2,9%	0,7%	100,0%
		% grado	32,5%	43,6%	51,5%	80,0%	100,0%	36,0%
	Total	210	22	16	1	0	249	
	Desde 2007	% año	84,3%	8,8%	6,4%	0,4%	0,0%	100,0%
	% insulto	67,5%	56,4%	48,5%	20,0%	0,0%	64,0%	
Total		311	39	33	5	1	389	
Total	% año	79,9%	10,0%	8,5%	1,3%	0,3%	100,0%	
	% insulto	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

$$\rho = 0,017 \quad \chi^1 = 12,080$$

Aunque no se ha encontrado una relación significativa entre los insultos y el lugar en que se producen, en la tabla 18 se puede observar que este tipo de agresión se producen con más frecuencia en las zonas de urgencias, con un total de 112 agresiones de este tipo, lo que supone el 39,6%. En las zonas de hospitalización se han producido 84 agresiones con insulto, es decir un 29,7%.

Se muestra en la tabla 19 como es la Urgencia, nuevamente, la zona donde más amenazas se producen, en absolutos (52) y también relativos (41,3%), desde luego casi en la misma proporción que en la zona de hospitalización, donde se acometen 49 amenazas, lo que supone un 38,9%.

En el caso de las coacciones (tabla 20), también se puede observar que es tanto en las Urgencias como en la zona de hospitalización se indican prácticamente el mismo número de episodios de coacciones. Treinta en las Urgencias. Esto es un 39,5% con relación a los otros lugares en donde se produce este tipo de agresión, frente a las 28 que se declaran como producidas en el área de hospitalización, con una significación con relación a

dicho parámetro del 36,8%. No siendo significativa la relación entre las coacciones y el lugar de ocurrencia. ($\rho = 0,353$).

Sin embargo, en el caso de los acometimientos físicos (tabla 21), esto es cuando la agresión ha tenido una materialización en forma de empujones, golpes directamente realizados sobre el profesional, etc., es en las Urgencias donde, con 19 episodios, se destaca sobre el resto de lugares en donde se producen estas agresiones. Ello supone que el 65,5% de las agresiones que se han manifestado de esta forma se han producido en dicha zona. En la zona de hospitalización se han producido 8 agresiones físicas, lo que supone un 27,6% de las producidas según el lugar. Siendo, además, significativa la relación entre las variables.

Las violencia que se manifiesta con comportamientos agresivos (tabla 22) lanzando o aporreando objetos se producen con más frecuencia en la zona de hospitalización, reflejándose 13 episodios en la encuesta, lo que supone un 52%, según se expresa en la tabla 23. En las Urgencias, se producen el 36% de estos episodios ($= 0,084$).

TABLA 18.
Insultos

		NO	SÍ	TOTAL	
Lugar	Total	58	112	170	
	Urgencias	% lugar	34,1%	65,9%	100,0%
		% insulto	46,0%	39,6%	41,6%
	Total	42	84	126	
	Hospital	% lugar	33,3%	66,7%	100,0%
		% insulto	33,3%	29,7%	30,8%
	Total	11	49	60	
	Consultas y at. ambulat.	% lugar	18,3%	81,7%	100,0%
		% insulto	8,7%	17,3%	14,7%
	Total	15	38	53	
	Áreas comunes	% lugar	28,3%	71,7%	100,0%
		% insulto	11,9%	13,4%	13,0%
Total	126	283	409		
Total	% lugar	30,8%	69,2%	100,0%	
	% insulto	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 19.
Amenazas

		NO	SÍ	TOTAL	
Lugar	Total	118	52	170	
	Urgencias	% lugar	69,4%	30,6%	100,0%
		% amenazas	41,7%	41,3%	41,6%
	Total	77	49	126	
	Hospital	% lugar	61,1%	38,9%	100,0%
		% amenazas	27,2%	38,9%	30,8%
	Total	47	13	60	
	Consultas y at. ambulat.	% lugar	78,3%	21,7%	100,0%
		% amenazas	16,6%	10,3%	14,7%
	Total	41	12	53	
	Áreas comunes	% lugar	77,4%	22,6%	100,0%
		% amenazas	14,5%	9,5%	13,0%
Total	283	126	409		
Total	% lugar	69,2%	30,8%	100,0%	
	% amenazas	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 20.
Coacciones

		NO	SÍ	TOTAL	
Lugar	Total	140	30	170	
	Urgencias	% lugar	82,4%	17,6%	100,0%
		% coacción	42,0%	39,5%	41,6%
	Total	98	28	126	
	Hospital	% lugar	77,8%	22,2%	100,0%
		% coacción	29,4%	36,8%	30,8%
	Total	53	7	60	
	Consultas y at. ambulat.	% lugar	88,3%	11,7%	100,0%
		% coacción	15,9%	9,2%	14,7%
	Total	42	11	53	
	Áreas comunes	% lugar	79,2%	20,8%	100,0%
		% coacción	12,6%	14,5%	13,0%
Total	333	76	409		
	% lugar	81,4%	18,6%	100,0%	
	% coacción	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 21.
Acontecimientos físicos

		NO	SÍ	TOTAL	
Lugar	Total	151	19	170	
	Urgencias	% lugar	88,8%	11,2%	100,0%
		% agresión	39,7%	65,5%	41,6%
	Total	118	8	126	
	Hospital	% lugar	93,7%	6,3%	100,0%
		% agresión	31,1%	27,6%	30,8%
	Total	58	2	60	
	Consultas y at. ambulat.	% lugar	96,7%	3,3%	100,0%
		% agresión	15,3%	6,9%	14,7%
	Total	53	0	53	
	Áreas comunes	% lugar	100,0%	0,0%	100,0%
		% agresión	13,9%	0,0%	13,0%
Total	380	29	409		
	% lugar	92,9%	7,1%	100,0%	
	% agresión	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 22.
Daño a las cosas

		NO	SÍ	TOTAL
Lugar	Total	161	9	170
	Urgencias			
	% lugar	94,7%	5,3%	100,0%
	% daño	41,9%	36,0%	41,6%
	Total	113	13	126
	Hospital			
	% lugar	89,7%	10,3%	100,0%
	% daño	29,4%	52,0%	30,8%
	Total	59	1	60
	Consultas y at. ambulat.			
	% lugar	98,3%	1,7%	100,0%
	% daño	15,4%	4,0%	14,7%
Total	51	2	53	
Áreas comunes				
% lugar	96,2%	3,8%	100,0%	
% daño	13,3%	8,0%	13,0%	
Total	384	25	409	
Total	% lugar	93,9%	6,1%	100,0%
	% daño	100,0%	100,0%	100,0%

$$p = 0,021 \quad \chi^2 = 9,744$$

Tal y como se muestra en la tabla 23, en el Centro que más insultos se han producido, según los encuestados, ha sido en el Hospital General que con 138 episodios supone un 47,4% con relación al total de Centros. En el Hospital Maternal se han reseñado 62 agresiones con insultos, es decir, un 21,3% sobre el total por Centros (= 0,246).

Las amenazas (tabla 24) se han producido en mayor medida en el Hospital General, con 50 episodios (39,4%). En el Hospital Maternal, se han producido 35 (34,3%) de estos episodios (= 0,269).

El Hospital General, nuevamente, es el Centro en el que más episodios de coacciones se reflejan en la encuesta (tabla 25), con 32 episodios, lo que supone un 41% del total, según Centro. Igualmente, el Hospital Maternal le sigue con un 32,1% respecto

del total, siendo el segundo Centro con más coacciones declarados en los cuestionarios (25 episodios) (= 0,238).

Los encuestados declararon haber recibido 10 agresiones físicas en el Hospital General, lo que supone un 34,5% del total por Centros (tabla 26) y sólo el 5,4% de las agresiones ($\chi^2 = 10,071 = 0,073$). Sólo un 6,9% de los encuestados declaran haber padecido agresiones físicas, prácticamente en el mismo porcentaje que se da para el caso de las agresiones que se manifiestan mediante daño a las cosas.

La significación del sexo en este problema sólo es significativa en el caso de las agresiones que se producen manifestándose mediante daño a las cosas (= 0,004)

TABLA 23. Insultos

		NO	SÍ	TOTAL	
Centro	Hospital General	Total	47	138	185
		% centro	25,4%	74,6%	100,0%
		% insultos	36,4%	47,4%	44,0%
	Hospital Infantil	Total	19	40	59
		% centro	32,2%	67,8%	100,0%
		% insultos	14,7%	13,7%	14,0%
	Hospital Maternal	Total	40	62	102
		% centro	39,2%	60,8%	100,0%
		% insultos	31,0%	21,3%	24,3%
	HRT	Total	14	35	49
		% centro	28,6%	71,4%	100,0%
		% insultos	10,9%	12,0%	11,7%
	SS.CC.	Total	1	3	4
		% centro	25,0%	75,0%	100,0%
		% insultos	0,8%	1,0%	1,0%
	CEP	Total	8	13	21
		% centro	38,1%	61,9%	100,0%
		% insultos	6,2%	4,5%	5,0%
Total	Total	129	291	420	
	% centro	30,7%	69,3%	100,0%	
	% insultos	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 24. Amenazas

		NO	SÍ	TOTAL	
Centro	Hospital General	Total	135	50	185
		% centro	73,0%	27,0%	100,0%
		% amenazas	46,1%	39,4%	44,0%
	Hospital Infantil	Total	44	15	59
		% centro	74,6%	25,4%	100,0%
		% amenazas	15,0%	11,8%	14,0%
	Hospital Maternal	Total	67	35	102
		% centro	65,7%	34,3%	100,0%
		% amenazas	22,9%	27,6%	24,3%
	HRT	Total	30	19	49
		% centro	61,2%	38,8%	100,0%
		% amenazas	10,2%	15,0%	11,7%
	SS.CC.	Total	4	0	4
		% centro	100,0%	0,0%	100,0%
		% amenazas	1,4%	0,0%	1,0%
	CEP	Total	13	8	21
		% centro	61,9%	38,1%	100,0%
		% amenazas	4,4%	6,3%	5,0%
Total	Total	293	127	420	
	% centro	69,8%	30,2%	100,0%	
	% amenazas	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 25. Coacciones

		NO	SÍ	TOTAL	
Centro	Hospital General	Total	153	32	185
		% centro	82,7%	17,3%	100,0%
		% coacciones	44,7%	41,0%	44,0%
	Hospital Infantil	Total	50	9	59
		% centro	84,7%	15,3%	100,0%
		% coacciones	14,6%	11,5%	14,0%
	Hospital Maternal	Total	77	25	102
		% centro	75,5%	24,5%	100,0%
		% coacciones	22,5%	32,1%	24,3%
	HRT	Total	44	5	49
		% centro	89,8%	10,2%	100,0%
		% coacciones	12,9%	6,4%	11,7%
	SS.CC.	Total	3	1	4
		% centro	75,0%	25,0%	100,0%
		% coacciones	0,9%	1,3%	1,0%
	CEP	Total	15	6	21
		% centro	71,4%	28,6%	100,0%
		% coacciones	4,4%	7,7%	5,0%
Total	Total	342	78	420	
	% centro	81,4%	18,6%	100,0%	
	% coacciones	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 26. Acontecimientos físicos

		NO	SÍ	TOTAL	
Centro	Hospital General	Total	175	10	185
		% centro	94,6%	5,4%	100,0%
		% agresiones	44,8%	34,5%	44,0%
	Hospital Infantil	Total	52	7	59
		% centro	88,1%	11,9%	100,0%
		% agresiones	13,3%	24,1%	14,0%
	Hospital Maternal	Total	99	3	102
		% centro	97,1%	2,9%	100,0%
		% agresiones	25,3%	10,3%	24,3%
	HRT	Total	42	7	49
		% centro	85,7%	14,3%	100,0%
		% agresiones	10,7%	24,1%	11,7%
	SS.CC.	Total	4	0	4
		% centro	100,0%	0,0%	100,0%
		% agresiones	1,0%	0,0%	1,0%
	CEP	Total	19	2	21
		% centro	90,5%	9,5%	100,0%
		% agresiones	4,9%	6,9%	5,0%
Total	Total	391	29	420	
	% centro	93,1%	6,9%	100,0%	
	% agresiones	100,0%	100,0%	100,0%	

$p = 0,073$ $\chi^2 = 10,071$

TABLA 27. Daño a las cosas

		NO	SÍ	TOTAL	
Centro	Hospital General	Total	172	13	185
		% centro	93,0%	7,0%	100,0%
		% daño	43,9%	46,4%	44,0%
	Hospital Infantil	Total	56	3	59
		% centro	94,9%	5,1%	100,0%
		% daño	14,3%	10,7%	14,0%
	Hospital Maternal	Total	94	8	102
		% centro	92,2%	7,8%	100,0%
		% daño	24,0%	28,6%	24,3%
	HRT	Total	46	3	49
		% centro	93,9%	6,1%	100,0%
		% daño	11,7%	10,7%	11,7%
	SS.CC.	Total	4	0	4
		% centro	100,0%	0,0%	100,0%
		% daño	1,0%	0,0%	1,0%
	CEP	Total	20	1	21
		% centro	95,2%	4,8%	100,0%
		% daño	5,1%	3,6%	5,0%
Total	Total	392	28	420	
	% centro	93,3%	6,7%	100,0%	
	% daño	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 28. Insultos

		NO	SÍ	TOTAL	
Sexo	Hombres	Total	26	66	92
		% sexo	28,3%	71,7%	100,0%
		% insultos	19,5%	22,3%	21,4%
	Mujeres	Total	107	230	337
		% sexo	31,8%	68,2%	100,0%
		% insultos	80,5%	77,7%	78,6%
Total	Total	133	296	429	
	% sexo	31,0%	69,0%	100,0%	
	% insultos	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 29. Amenazas

		NO	SÍ	TOTAL	
Sexo	Hombres	Total	67	25	92
		% sexo	72,8%	27,2%	100,0%
		% amenazas	22,6%	18,8%	21,4%
	Mujeres	Total	229	108	337
		% sexo	68,0%	32,0%	100,0%
		% amenazas	77,4%	81,2%	78,6%
Total	Total	296	133	429	
	% sexo	69,0%	31,0%	100,0%	
	% amenazas	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 30. Coacciones

			NO	SÍ	TOTAL
Sexo	Hombres	Total	69	23	92
		% sexo	75,0%	25,0%	100,0%
		% coacciones	19,8%	28,4%	21,4%
	Mujeres	Total	279	58	337
		% sexo	82,8%	17,2%	100,0%
		% coacciones	80,2%	71,6%	78,6%
Total	Total	348	81	429	
	% sexo	81,1%	18,9%	100,0%	
	% coacciones	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 31. Acontecimientos físicos

			NO	SÍ	TOTAL
Sexo	Hombres	Total	85	7	92
		% sexo	92,4%	7,6%	100,0%
		% agresiones	21,3%	24,1%	21,4%
	Mujeres	Total	315	22	337
		% sexo	93,5%	6,5%	100,0%
		% agresiones	78,8%	75,9%	78,6%
Total	Total	400	29	429	
	% sexo	93,2%	6,8%	100,0%	
	% agresiones	100,0%	100,0%	100,0%	

TABLA 32. Daño a las cosas

			NO	SÍ	TOTAL
Sexo	Hombres	Total	80	12	92
		% sexo	87,0%	13,0%	100,0%
		% daño	20,0%	42,9%	21,4%
	Mujeres	Total	321	16	337
		% sexo	95,3%	4,7%	100,0%
		% daño	80,0%	57,1%	78,6%
Total	Total	401	28	429	
	% sexo	93,5%	6,5%	100,0%	
	% daño	100,0%	100,0%	100,0%	

$p = 0,004$ $\chi^2 = 8,152$

TABLA 33. Insultos

		NO	SÍ	TOTAL	
Categoría	Total	3	10	13	
	Facultativos	%categoría	23,1%	76,9%	100,0%
		% insultos	2,2%	3,4%	3,0%
	Total	0	1	1	
	Otros facultativos	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%
		% insultos	0,0%	0,3%	0,2%
	Total	52	99	151	
	DUE	%categoría	34,4%	65,6%	100,0%
		% insultos	38,8%	33,2%	35,0%
	Total	19	27	46	
	Matronas	%categoría	41,3%	58,7%	100,0%
		% insultos	14,2%	9,1%	10,6%
	Total	0	2	2	
	Fisioterapeutas	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%
		% insultos	0,0%	0,7%	0,5%
	Total	26	66	92	
	Aux. enfermería	%categoría	28,3%	71,7%	100,0%
	Técnicos FP	% insultos	19,4%	22,1%	21,3%
	Total	17	50	67	
	Aux. admvos.	%categoría	25,4%	74,6%	100,0%
		% insultos	12,7%	16,8%	15,5%
Total	16	40	56		
Celadores	%categoría	28,6%	71,4%	100,0%	
	% insultos	11,9%	13,4%	13,0%	
Total	1	0	1		
E. Turno	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% insultos	0,7%	0,0%	0,2%	
Total	0	2	2		
T. Social	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%	
	% insultos	0,0%	0,7%	0,5%	
Total	0	1	1		
Telefonista	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%	
	% insultos	0,0%	0,3%	0,2%	
Total	134	298	432		
Total	%categoría	31,0%	69,0%	100,0%	
	% insultos	100,0%	100,0%	100,0%	

$\rho = 0,451$ $\chi^2 = 9,886$

TABLA 34. Amenazas

		NO	SÍ	TOTAL	
Categoría	Total	12	1	13	
	Facultativos	%categoría	92,3%	7,7%	100,0%
		% amenazas	4,0%	0,7%	3,0%
	Total	1	0	1	
	Otros facultativos	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% amenazas	0,3%	0,0%	0,2%
	Total	93	58	151	
	DUE	%categoría	61,6%	38,4%	100,0%
		% amenazas	31,2%	43,3%	35,0%
	Total	27	19	46	
	Matronas	%categoría	58,7%	41,3%	100,0%
		% amenazas	9,1%	14,2%	10,6%
	Total	1	1	2	
	Fisioterapeutas	%categoría	50,0%	50,0%	100,0%
		% amenazas	0,3%	0,7%	0,5%
	Total	74	18	92	
	Aux. enfermería Técnicos FP	%categoría	80,4%	19,6%	100,0%
		% amenazas	24,8%	13,4%	21,3%
	Total	52	15	67	
	Aux. admvos.	%categoría	77,6%	22,4%	100,0%
	% amenazas	17,4%	11,2%	15,5%	
Total	35	21	56		
Celadores	%categoría	62,5%	37,5%	100,0%	
	% amenazas	11,7%	15,7%	13,0%	
Total	0	1	1		
E. Turno	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%	
	% amenazas	0,0%	0,7%	0,2%	
Total	2	0	2		
T. Social	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% amenazas	0,7%	0,0%	0,5%	
Total	1	0	1		
Telefonista	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% amenazas	0,3%	0,0%	0,2%	
Total	298	134	432		
Total	%categoría	69,0%	31,0%	100,0%	
	% amenazas	100,0%	100,0%	100,0%	

$p = 0,011$ $\chi^2 = 22,868$

TABLA 35. Coacciones

		NO	SÍ	TOTAL	
Categoría	Total	12	1	13	
	Facultativos	%categoría	92,3%	7,7%	100,0%
		% coacciones	3,4%	1,2%	3,0%
	Total	1	0	1	
	Otros facultativos	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% coacciones	0,3%	0,0%	0,2%
	Total	124	27	151	
	DUE	%categoría	82,1%	17,9%	100,0%
		% coacciones	35,3%	33,3%	35,0%
	Total	31	15	46	
	Matronas	%categoría	67,4%	32,6%	100,0%
		% coacciones	8,8%	18,5%	10,6%
	Total	2	0	2	
	Fisioterapeutas	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% coacciones	0,6%	0,0%	0,5%
	Total	81	11	92	
	Aux. enfermería Técnicos FP	%categoría	88,0%	12,0%	100,0%
		% coacciones	23,1%	13,6%	21,3%
	Total	53	14	67	
	Aux. admvos.	%categoría	79,1%	20,9%	100,0%
	% coacciones	15,1%	17,3%	15,5%	
Total	44	12	56		
Celadores	%categoría	78,6%	21,4%	100,0%	
	% coacciones	12,5%	14,8%	13,0%	
Total	0	1	1		
E. Turno	%categoría	0,0%	100,0%	100,0%	
	% coacciones	0,0%	1,2%	0,2%	
Total	2	0	2		
T. Social	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% coacciones	0,6%	0,0%	0,5%	
Total	1	0	1		
Telefonista	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% coacciones	0,3%	0,0%	0,2%	
Total	351	81	432		
Total	%categoría	81,3%	18,8%	100,0%	
	% coacciones	100,0%	100,0%	100,0%	

$\rho = 0,103$ $\chi^2 = 15,889$

TABLA 36. Acontecimientos físicos

		NO	SÍ	TOTAL
Categoría	Total	12	1	13
	Facultativos	%categoría 92,3%	7,7%	100,0%
		% acom. físicos 3,0%	3,4%	3,0%
	Total	1	0	1
	Otros facultativos	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%
		% acom. físicos 0,2%	0,0%	0,2%
	Total	136	15	151
	DUE	%categoría 90,1%	9,9%	100,0%
		% acom. físicos 33,7%	51,7%	35,0%
	Total	44	2	46
	Matronas	%categoría 95,7%	4,3%	100,0%
		% acom. físicos 10,9%	6,9%	10,6%
	Total	2	0	2
	Fisioterapeutas	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%
		% acom. físicos 0,5%	0,0%	0,5%
	Total	87	5	92
	Aux. enfermería Técnicos FP	%categoría 94,6%	5,4%	100,0%
		% acom. físicos 21,6%	17,2%	21,3%
	Total	67	0	67
	Aux. admvos.	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%
	% acom. físicos 16,6%	0,0%	15,5%	
Total	50	6	56	
Celadores	%categoría 89,3%	10,7%	100,0%	
	% acom. físicos 12,4%	20,7%	13,0%	
Total	1	0	1	
E. Turno	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%	
	% acom. físicos 0,2%	0,0%	0,2%	
Total	2	0	2	
T. Social	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%	
	% acom. físicos 0,5%	0,0%	0,5%	
Total	1	0	1	
Telefonista	%categoría 100,0%	0,0%	100,0%	
	% acom. físicos 0,2%	0,0%	0,2%	
Total	403	29	432	
Total	%categoría 93,3%	6,7%	100,0%	
	% acom. físicos 100,0%	100,0%	100,0%	

$$p = 0,447 \quad \chi^2 = 9,929$$

TABLA 37. Daño a las cosas

		NO	SÍ	TOTAL	
Categoría	Total	13	0	13	
	Facultativos	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% daño	3,2%	0,0%	3,0%
	Total	1	0	1	
	Otros facultativos	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% daño	0,2%	0,0%	0,2%
	Total	140	11	151	
	DUE	%categoría	92,7%	7,3%	100,0%
		% daño	34,7%	39,3%	35,0%
	Total	45	1	46	
	Matronas	%categoría	97,8%	2,2%	100,0%
		% daño	11,1%	3,6%	10,6%
	Total	2	0	2	
	Fisioterapeutas	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%
		% daño	0,5%	0,0%	0,5%
	Total	86	6	92	
	Aux. enfermería Técnicos FP	%categoría	93,5%	6,5%	100,0%
		% daño	21,3%	21,4%	21,3%
	Total	62	5	67	
	Aux. admvos.	%categoría	92,5%	7,5%	100,0%
	% daño	15,3%	17,9%	15,5%	
Total	51	5	56		
Celadores	%categoría	91,1%	8,9%	100,0%	
	% daño	12,6%	17,9%	13,0%	
Total	1	0	1		
E. Turno	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% daño	0,2%	0,0%	0,2%	
Total	2	0	2		
T. Social	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% daño	0,5%	0,0%	0,5%	
Total	1	0	1		
Telefonista	%categoría	100,0%	0,0%	100,0%	
	% daño	0,2%	0,0%	0,2%	
Total	404	28	432		
Total	%categoría	93,5%	6,5%	100,0%	
	% daño	100,0%	100,0%	100,0%	

2.6. Sinopsis de resultados

- Un 82% de los encuestados declaran haber sufrido agresiones
- El tipo de agresión que más se repite son las agresiones verbales en forma de insultos, en un 69% de veces. Las coacciones son también muy numerosas, pues representan un 18,8% del total.
- El Centro donde se producen más agresiones es el Hospital General (42,8%).
- Las Urgencias es el lugar donde más episodios violentos se producen (39,4%).
- Las agresiones son muy escasamente denunciadas. Sólo un 6,59% de los que las han sufrido declaran haber denunciado los hechos.
- Existe una relación estadísticamente significativa entre las siguientes variables ($p < 0,05$).
- Año de ocurrencia e insultos. Entre año de ocurrencia y acometimientos físicos. Entre año de ocurrencia y daño a las cosas. Entre el Centro donde se producen las agresiones y las amenazas, las coacciones, los acometimientos físicos y daño a las cosas. Entre el sexo de la víctima y daño a las cosas.

3. Discusión

¿Qué está pasando? ¿Cuántas agresiones se producen en la Sanidad? ¿Qué características tienen? ¿Está sobredimensionado el problema por los medios de comunicación por lo llamativo que es o, por el contrario, sólo emergen una parte, pequeña, de las agresiones y de la conflictividad que se produce diariamente en los Centros Sanitarios de nuestro País? ¿Hay soluciones para este fenómeno?

La violencia en el lugar de trabajo se ha convertido en un tema de creciente preocupación en los últimos 15 años, especialmente en Europa, Australia y América del Norte. En los **Estados Unidos**, el 85 por ciento de todos los ataques no mortales se producen en el Sector Servicios. Y, dentro de este Sector, los trabajadores de los Servicios Sanitarios tienen el mayor riesgo, estimándose **un riesgo 16 veces superior a otros empleados del Sector Servicios**¹¹.

En los Estados Unidos, un promedio de 1,7 millones de personas fueron víctimas de crímenes violentos

mientras desempeñaban su actividad laboral, según un informe publicado por la **Oficina de estadísticas de justicia** (BJS), en los años 1993 hasta 1999. El 75% (1,3 millones) de estos incidentes fueron ataques no mortales, mientras que un 19% adicional fueron agresiones de gravedad, incluidos homicidios¹².

Por su parte, el censo de **Fatal Occupational Injuries** (CFOI) del **Bureau of Labor Statistics** de Estados Unidos, informó que hay 11.613 víctimas de homicidio en el trabajo entre 1992 y 2006. Con un promedio de casi el 800 homicidios por año¹³.

El **Instituto Nacional de la Salud y Seguridad Ocupacional** (NIOSH)¹⁴ de Estados Unidos, ha encontrado que cerca de 1 millón de trabajadores —18.000 por semana— son víctimas de ataques no mortales cada año.

En Estados Unidos, el homicidio es la segunda causa de muerte en el trabajo, seguido sólo por los producidos en los accidentes de tránsito. El homicidio es también la causa principal de muerte para los trabajadores menores de 18 años. La mayoría de los homicidios en los lugares de trabajo son crímenes relacionados con robos (71%) y sólo un 9% son cometidos por actuales o antiguos compañeros de trabajo. Por otra parte, el 76% de los homicidios en lugares de trabajo son cometidos con armas de fuego.

Una gran parte de los **ataques no mortales** en los lugares de trabajo ocurren en **hospitales, clínicas para ancianos, y agencias de servicios sociales**. El cuarenta y ocho por ciento de los ataques en los lugares de trabajo son cometidos por **enfermos y pacientes**. Los ataques no mortales en los lugares de trabajo tienen como consecuencia **más de 876.000 días de trabajo perdidos y 16 millones de dólares en pérdidas salariales**. Es muy similar la proporción de ataques no mortales que ocurren entre hombres y mujeres.

Los factores¹⁵ de riesgos son muy diversos y tienen que ver con el trabajo *en contacto directo con el público* que se realiza con ocasión de las prestaciones de servicios, el intercambio de dinero, el trabajar tarde en la noche o de madrugada, trabajar en la soledad, o en la protección de bienes de valor o propiedades.

Lo que parece claro es que, en Estados Unidos, cualquiera puede convertirse en la víctima de un ataque en su lugar de trabajo, pero los riesgos son

¹¹ Workplace violence in the health sector Joint Programme on workplace violence in the health sector Workplace violence in the health sector: State of the art. Cary L. Cooper University of Manchester Institute of Science and Technology United Kingdom and Naomi Swanson National Institute of Occupational Safety and Health United States World Health Organization.

¹² <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&cid=1743> <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/vw99.pdf>

¹³ <http://www.bls.gov/iif/oshcfoi1.htm>

¹⁴ <http://www.cdc.gov/niosh/violabst.html>

¹⁵ <http://www.cdc.gov/niosh/violnonf.html>

mucho mayores en ciertas industrias y ocupaciones, tal y como se muestra seguidamente.

En cuanto a las agresiones no mortales, la mayoría ocurrieron en las industrias de servicios (64%) y de ventas al por menor (21%). Específicamente, un 27% ocurrieron en asilos de ancianos, un 13% en servicios sociales, un 11% en **hospitales**, un 6% en tiendas de comestibles, y otro 5% ocurrió en Centros de restauración y hostelería.

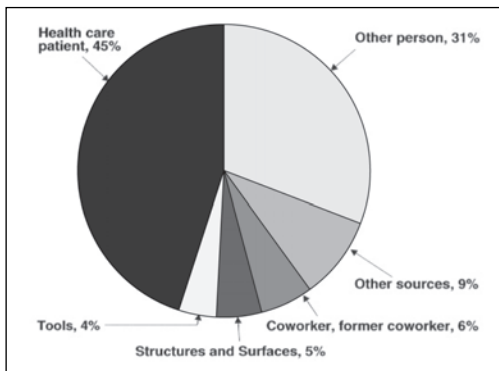
Violent acts resulting in days away from work in 1992, by industry

Industry	(% of total)
Services	64
Nursing homes	27
Social services	13
Hospitals	11
Other services	13
Retail trades	21
Grocery stores	6
Eating and drinking places	5
Other retail	10
Transportation/communication/ public utilities	4
Finance/insurance/real estate	4
Other	4
Manufacturing	3

Source: BLS [1994d].

FIGURA 3.

Violent acts resulting in days away from work, by source of injury-United States, 1992



(Source: BLS [1994a].)

Violent acts resulting in days away from work-private industry, 1992

Type of violent act	Median days	
	Number of cases	Away from work
Hitting, kicking, beating	10.425	5
Squeezing, pinching, scratching, twisting	2.457	4
Biting	901	3
Stabbing	598	28
Shooting	560	30
All other specified acts (e.g., rape, threats)	5.157	5

(Source: BLS [1994c].)

La indicada **Oficina de estadísticas laborales** (BLS) informa¹⁶ que hubo **69 homicidios en los servicios de salud** de 1996 a 2000. Sin embargo, aunque menos llamativos, la inmensa mayoría de la violencia que se produce en los Centros Sanitarios se produce mediante **agresiones no mortales**. Datos de BLS muestran que en el año 2000, el 48 por ciento de las lesiones no mortales se produjeron en la atención de salud y servicios sociales. La mayoría de ellas se produjo en hospitales y en Centros de enfermería, siendo el personal de enfermería es el más afectado por este problema.

Según BLS, en el año 2000, los trabajadores de los **Servicios de Salud** tuvieron una tasa de incidencia de 9,3 agresiones con lesión (por 10.000 trabajadores a tiempo completo). La tasa para los trabajadores de servicios sociales fue de 15 y para enfermería y trabajadores en Centros con cuidados directos pacientes, de 25. Para el mismo período, la tasa de lesión de sector privado global fue de 2.

Según la encuesta nacional de víctimas de delito de 1993 a 1999 del **Departamento de Justicia de los Estados Unidos** (DOJ), la tasa media anual de delitos violentos no mortales para todas las ocupaciones es de 12,6 por 1.000 trabajadores. La tasa media anual para los médicos es 16,2; para enfermeras, 21,9; profesionales de la salud mental, 68,2; (*téngase en cuenta que las cifras el departamento de justicia presenta incidentes violentos por cada 1.000 trabajadores y BLS muestra las lesiones que afectan a los días de ausencia al trabajo por*

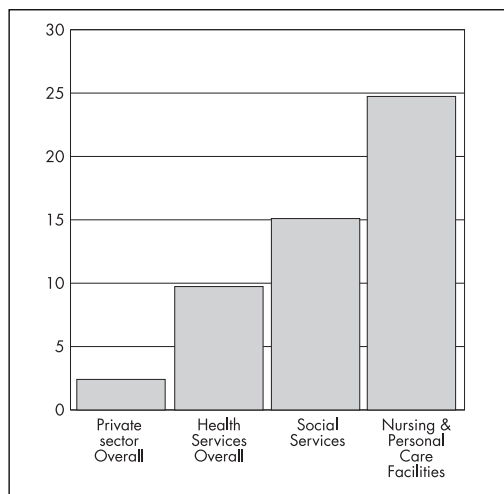
¹⁶ Guidelines for Preventing Workplace Violence for Health Care & Social Service Workers. U.S. Department of Labor Occupational Safety and Health Administration OSHA 3148-01R 2004.

10.000 trabajadores. Ambas fuentes, sin embargo, revelan el mismo alto riesgo para los trabajadores del servicio de atención de la salud y social).

Tan importantes como son estos números, el número real de incidentes es probablemente mucho mayor, quizás debido en parte a la **percepción** persistente en el Sector de Sanidad y Servicios Sociales **que las agresiones son parte del trabajo**. La falta de denuncias, según se refiere, puede reflejar una falta o deficiencia en las políticas institucionales de comunicación de incidentes, o la creencia por parte de los empleados de que la agresión ha sido debido de una u otra manera a una actitud deficiente por su parte.

FIGURA 4.

Incidence rates for nonfatal assaults and violent acts by industry, 2000 Incidence rate per 10,000 full-time workers



Source: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. (2001). Survey of Occupational Injuries and Illnesses, 2000.

En el Manual del **Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional (NIOSH)** de los Estados Unidos de Peligros ocupacionales en los

hospitales¹⁷, se señala que los datos indican que los **trabajadores de hospital** tienen un riesgo elevado de experimentar la violencia en el lugar de trabajo. Según los cálculos aproximados del Departamento de Estadísticas de Trabajo (BLS), los empleados de hospital sufrieron 2.637 agresiones no mortales en 1999, es decir, una tasa de 8,3 agresiones por cada 10.000 trabajadores. Este nivel, como queda dicho, es cuatro veces más alto que el de las agresiones no mortales en todas las industrias del sector privado, que es de 2 por cada 10.000 trabajadores.

Varios estudios indican que la violencia a menudo sucede durante las horas de mucha actividad e interacción con los pacientes, como en las horas de comer o de visita. Las agresiones pueden ocurrir cuando se niega alguna petición, cuando se ingresa un paciente involuntariamente o cuando un empleado de salud limita los alimentos o las bebidas¹⁸.

En un estudio *e.research*, realizada *on line* vía Internet, mediante cuestionario estructurado entre usuarios registrados del sitio IntraMed (www.intramed.net)¹⁹ entre 18/03/05 y 06/06/05, en donde la encuesta fue respondida por 30.100 usuarios del sitio. Resultó en el análisis por países que hubo un alto predominio de respuestas provenientes de **Argentina**, encontrando los investigadores un 20% de exceso de riesgo para este País. Se registró también un 32% menos de agresiones entre las respuestas provenientes de **México**. Las agresiones más frecuentes se produjeron en las Urgencias. El 54,6% de los encuestados padeció algún tipo de agresión. Sufriendo, el 52,4% agresiones verbales provenientes de:

- Pacientes: 23%
- Familiares: 29,4%

Y el 2,2% manifestó haber sufrido alguna vez agresión física de:

- Pacientes: 1,3%
- Familiares: 0,9%

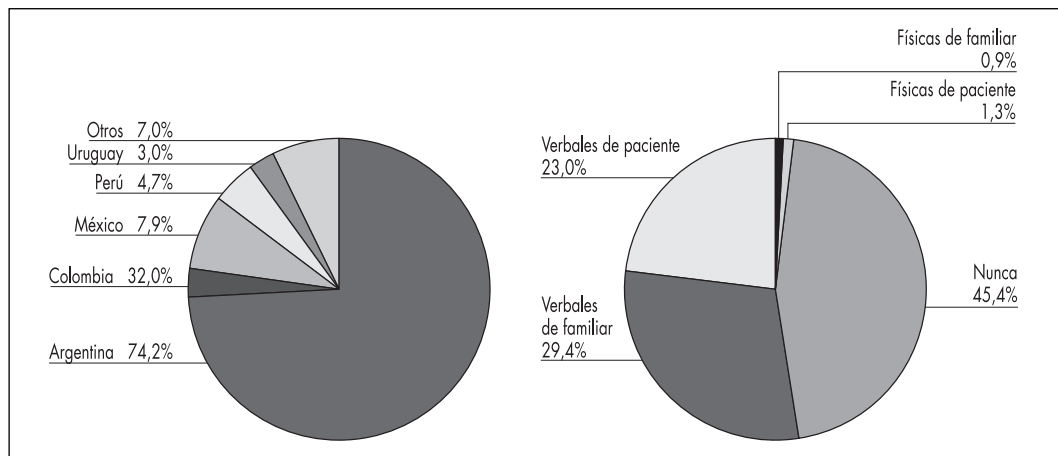
Un 45% expresó no haber sufrido nunca ningún tipo de agresión o violencia, según se muestra a continuación²⁰.

¹⁷ DHHS (NIOSH) Núm. de Publicación 2002-101, abril 2002.

¹⁸ NIOSH define la violencia en el lugar de trabajo como los actos violentos (incluyendo las agresiones físicas y las amenazas de agresión) dirigidos a las personas que trabajan. Los ejemplos de violencia incluyen: Amenazas: Las expresiones del propósito de hacer daño, incluyendo las amenazas verbales, el lenguaje corporal amenazador, y las amenazas escritas; agresiones físicas: Los ataques que van desde golpear hasta la violación, el homicidio, y el uso de armas de ataque como las armas de fuego, las bombas o los cuchillos; atracos: Las amenazas de acometimiento grave, generalmente hechas sorpresivamente y con el propósito de robar.

¹⁹ IntraMed es una red médica de contenidos científicos con amplia distribución de el área donde, según se informa, cuenta con más de 150.000 usuarios registrados y una frecuencia de uso de aproximadamente 26.000 usuarios distintos al mes.

²⁰ Agresiones contra Médicos. Braga Florencia, Prats María, Luna Daniel, Melamud Ariel, Flichtentrei Daniel <http://www.intramed.net/UserFiles/pdf/36397.pdf>



Todos estos datos contribuyen a explicar porqué los medios de comunicación se vienen dedicando cada vez con mayor frecuencia e intensidad a este problema. Desde luego el fenómeno no deja indiferente a nadie. Pues no deja de sorprender que el paciente se comporte como si sus cuidadores fueran un enemigo al que agredir, y cuesta entender, que personas que se dedican profesionalmente a cuidar de la salud de las personas puedan ser atacadas y agredidas por estas²¹.

Tal y como venimos reseñando y destacan Cary L. Cooper y Naomi Swanson y Di Martino²², en los **Estados Unidos**, los trabajadores de la atención de

salud se enfrentan **a un riesgo 16 veces mayor** de sufrir incidentes violentos que los trabajadores de otros servicios. *En los Estados Unidos, más de la mitad de las denuncias de agresión en el lugar de trabajo se produce en el sector de la salud.*

En **Australia**, el 67,2 por ciento de los profesionales de la salud padeció agresiones físicas o psicológicas en 2001.

En el **Reino Unido**, cerca del 40 por ciento del personal del Servicio Nacional de la Salud dijo haber sufrido algún tipo de intimidación en 1998.

Efectivamente, el problema es global. Más de la mitad de los profesionales de salud de **Bulgaria** (el

²¹ En este sentido es como cabe interpretar el comunicado conjunto de 6 de noviembre de 2007 entre la Organización Médica Colegial (OMC) y el Foro Español de Pacientes (FEP):

Ante las noticias aparecidas en los medios de comunicación referidas a las agresiones médicas y a profesionales sanitarios, la Organización Médica Colegial (OMC) y el Foro Español de Pacientes (FEP) desean comunicar conjuntamente a la opinión pública las siguientes reflexiones:

1. *Que cualquier actuación es rechazable, al igual que cualquier actuación pública que incite o justifique la misma, adquiriendo en el servicio sanitario una relevancia especial al deteriorar y condicionar la calidad del mismo.*
2. *Que las agresiones a los médicos y profesionales sanitarios, sean estas verbales o físicas, constituyen un hecho reprochable que debe ser objeto de denuncia legal y ante las autoridades sanitarias.*
3. *Que aunque el fenómeno es minoritario se deben aplicar medidas de prevención y detección precoz del mismo, por lo cual la OMC y la FEP piden la intervención decidida de las Administraciones responsables.*
4. *Que bajo ningún concepto los pacientes pueden recibir la calificación ni de víctimas ni de provocadores ante este tipo de fenómeno.*
5. *Que la OMC y el FEP están dispuestos a revisar los protocolos y guías de actuación orientados a la prevención y el manejo de situaciones que puedan conducir a la adopción de actitudes y conductas agresivas.*
6. *Que la relación médico-paciente se fundamenta en la confianza mutua, expresando los colectivos de pacientes su interés en que los médicos vean a la mayoría de pacientes como personas dispuestas a colaborar y comprometidas con las decisiones médicas.*
7. *Que solicitan a los medios de comunicación que no convierten este suceso excepcional en un hecho general para evitar crear alarma social y promover el personalismo de personas que aunque dicen representar a los pacientes, no están legitimadas socialmente por las principales asociaciones de pacientes del Estado.*
8. *Que expresan su preocupación por la existencia de personas que tienen intereses personales y económicos en promover demandas judiciales de pacientes a médicos y que contribuyen a difundir mensajes interesados y erróneos en el espacio público mediático.*
9. *Que ambas organizaciones están comprometidas en el fomento de espacios de colaboración para aumentar la comunicación, el respeto y la confianza mutua entre médicos y pacientes.*

²² *Workplace violence in the health sector - State of the Art*, ILO, WHO, ICN and PSI 2002. Cary L. Cooper y Naomi Swanson ISBN 92-2-113237-4; *Workplace violence in the health sector - Country case studies (Brazil, Bulgaria, Lebanon, Portugal, South Africa, Thailand, and an additional Australian study)*, Synthesis report, ILO, WHO, ICN and PSI 2002. Vittorio di Martino ISBN 92-2-113441-5.

75,8 por ciento), **Unión Sudafricana** (el 61 por ciento) y **Thailandia** (el 54 por ciento), así como el 46,7 por ciento de los sanitarios de **Brasil**, sufrieron al menos un episodio de violencia física o psicológica en 2001.

Como venimos comentando, los estudios efectuados acreditan que la violencia psicológica en el lugar de trabajo, (abusos verbales, la intimidación y el acoso moral), es más frecuente que la violencia física, y que entre el 40 y el 70 por ciento de las víctimas muestran importantes secuelas en forma de tensión psicológica (estrés).

En la reunión de la **Unión Europea de Médicos Generales (UEMO)**, celebrada, recientemente, en Bergen (**Noruega**)²³, se ha analizado una encuesta sobre violencia al personal sanitario, realizada entre los Estados integrados en dicha organización, en la que se ha puesto de manifiesto que *España es el país que registra un mayor índice de casos de agresiones a personal sanitario*, con un número muy superior al de los países del resto de Europa²⁴,

A lo largo del año 2009, la prensa española ha recogido numerosos titulares alertando del aumento significativo de estas conductas en diversas localidades, siendo especialmente sorprendentes los datos en **Zaragoza** (el 64 por ciento de médicos las sufre), **Asturias** (se triplicaron las agresiones en los últimos cuatro años) y **Málaga** (el número de casos ha aumentado en 2009 un 50 por ciento con respecto a 2008).

Según la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (**CESM**), las consultas de atención primaria, los servicios de atención hospitalaria o las unidades de urgencias se han convertido, en alguna ocasión, en un verdadero calvario para un porcentaje nada desdeñable de los médicos españoles. Las agresiones físicas y verbales contra los profesionales de la medicina se han convertido en un problema que cada vez preocupa más a los facultativos ya que, según sus datos, «aumenta sustancialmente de año en año».

Según el sistema de notificación a través de internet, impulsado por la **Sociedad Catalana de Seguridad y Medicina del Trabajo**²⁵, se han registrado 1.669 notificaciones de agresiones laborales a profesionales de la salud en Cataluña en tres años, desde enero de 2005.

Durante 2007 se notificaron 518 casos, cifra que aumentó hasta los 634 en 2008, lo que supone un incremento del 22,39 por ciento. En las notificaciones de 2008, la agresión física aparece en un 31 por ciento de los casos, un 54 por ciento refleja agresiones verbales y el resto lo constituyen agresiones como la intimidación o la invasión de espacio²⁶.

Según informan, los datos fueron extraídos de una muestra cercana a 24.000 trabajadores, derivada de otra heterogénea de centros de atención hospitalaria, ambulatoria, centros de salud mental y sociosanitarios de Cataluña. Indican que este sistema de notificación voluntario permite conocer los perfiles de la persona trabajadora agredida, de la agresora y las características del incidente, así como una aproximación de las repercusiones laborales, físicas y psicológicas iniciales hacia la persona agredida.

Las cifras de estas actitudes violentas evidencian, por sí mismas, siempre según CESM, la intranquilidad y el temor que se ha instalado entre los médicos. De los 160.000 médicos en ejercicio, el 10% ha sido agredido físicamente alguna vez por pacientes o familiares de pacientes, y una amplia mayoría, tres de cada cuatro, han recibido una o más veces amenazas verbales, según una encuesta elaborada por la indicada Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), mayoritaria en el sector²⁷.

Según noticias de prensa que citan a la **Consellería de Salut de Catalunya**, la violencia en el ámbito laboral parece haberse convertido en un factor constante para los médicos y demás personal sanitario del sistema público catalán, que en los últimos 18 meses han denunciado 1.179 «situaciones violentas» en el ejercicio de su trabajo²⁸. Se trata tanto de agresiones verbales como físicas, puesto que en los seis primeros meses de este año se han denunciado 46 agresiones físicas tanto en hospitales como en centros de atención primaria catalanes. Según la Conselleria de Salut destacaba que en la que los hospitales de Vall d'Hebron (Barcelona) y Germans Trias i Pujol (Badalona) son los centros en los que se han producido más episodios de violencia, cinco en cada uno de ellos entre enero y junio de ese año.

Sin embargo, según se manifiesta, en términos de «**violencia no física**» es el **Arnau de Vilanova**

²³ http://www.comb.cat/cat/actualitat/noticies/agressio/agressio_metges.pdf

²⁴ http://www.medicosypacientes.com/noticias/2008/06/08_06_17_agresiones

²⁵ <http://www.diariomedico.com/2009/03/23/area-profesional/normativa/un-sistema-registra-1669-agresiones-en-cuatro-anos>

²⁶ Europa Press Barcelona - Lunes, 23 de Marzo de 2009

²⁷ <http://troponina.com/?p=197>

²⁸ http://www.abc.es/hemeroteca/historico-04-10-2009/abc/Catalunya/el-personal-sanitario-catalan-ha-sufrido-1200-agresiones-desde-2008_103370048010.html

(Lleida), con 23 denuncias de situaciones violentas, seguido por el Germans Trias i Pujol, popularmente conocido como «Can Ruti» quienes lideran la lista de Centros donde más agresiones se producen. Esto, en cuanto al primer semestre de 2009, en el que los datos de la Generalitat distinguen entre agresiones verbales y físicas.

El año anterior, la Conselleria contabilizó un total de 749 agresiones verbales a personal sanitario, sin especificar cuántas de ellas derivaron en agresiones físicas.

Por ámbito territorial, es la ciudad de **Barcelona** donde más agresiones se producen, con 141 de esas agresiones verbales entre hospitales y centros de atención primaria en 2008, año en el que se produjeron 18 agresiones físicas.

Con estos datos, no es de extrañar que el **Colegio de Médicos de Barcelona** (COMB) haya contratado desde 2004 un seguro colectivo para atender a los profesionales agredidos.

Aunque es de destacar la disminución en el número de denuncias interpuestas, pues si el primer año se rozaron el centenar de denuncias, en 2008 fueron 30 colegiados los que recurrieron a ese seguro. Aún así, el COMB indica que la reducción de las denuncias es debida a la incidencia de los protocolos internos de los centros de trabajo. Se reseña como muy importantes las medidas adoptadas por el CAP de Drassanes de Barcelona —centro de referencia en el Raval y uno de los servicios con mayor porcentaje de población marginal— cuyos médicos han optado por instalar un sistema de alarmas en sus ordenadores para casos de riesgo²⁹.

Según COMB, las características de esta violencia coinciden con las de otros países en los que se ha estudiado el fenómeno. Así, las agresiones verbales son las más frecuentes (44%), seguidas por las agresiones físicas (28%) y las amenazas (26%). El estudio del COMB cuyos datos han sido obtenidos tras realizar una encuesta a 1.500 médicos, destaca además que la mitad de las agresiones son obra de los pacientes, seguidas de un 30% de los casos en los que el autor es un familiar. El 20% restante son obra de enfermos psiquiátricos y toxicómanos³⁰.

Según esta encuesta, una de las causas más frecuentes de los incidentes responden a la frustración que genera en los pacientes no ver satisfechas sus expectativas. El sondeo mostró además que los servicios de urgencia son el ámbito en el que se producen más agresiones, un 45%, seguidos por los centros de atención primaria (CAP) con un 28% y las salas de hospitalización (13,7%) una proporción que ha variado en los últimos años a tenor de las cifras facilitadas ahora por la Conselleria, según las cuales aumenta el número de incidentes en los CAP.

Otra encuesta realizada por el **Sindicato de Enfermería SATSE** en su portal de Internet revela que más del 80 por ciento de los profesionales de enfermería han sido agredidos física o psíquicamente, resultando que un 31,66% de enfermeras fueron agredidas en centros de salud o el domicilio del paciente y un 55,41% en los centros hospitalarios. Además, un 62,64% de los encuestados afirma haber sido víctima de agresión verbal y un 2,80% físicamente.

Según indica otra encuesta hecha pública por el **Consejo de Enfermería de la Comunitat Valenciana** (CECOVA), el 83% de las profesionales de enfermería ha sido víctima de agresiones verbales o físicas en el ámbito laboral. Según CECOVA, el 60% de las enfermeras consultadas aseguró haber sido víctima de agresiones de carácter verbal en el trabajo, mientras que un 19%, sufrió insultos y vejaciones acompañados de violencia física.

A su vez, otro 4% de las encuestadas aseguró haber sido víctima de un ataque con violencia física por parte de usuarios o familiares de pacientes³¹.

Begoña Martínez-Jarreta, Santiago Gascón, Miguel Ángel Santed y Jesús Goicoechea, autores del estudio, que quizá sea uno de los más completos que se han hecho en nuestro País sobre las agresiones a los profesionales sanitarios³², encontraron en su estudio en el que participaron 1.845 participantes, de diversas profesiones sanitarias (incluido personal de administración) de Hospitales de diverso tamaño, de Atención Primaria, de áreas rurales y urbanas, de las Comunidades Autónomas de Aragón y Castilla-La Mancha, que el 11% de los profesionales de la

²⁹ El personal del centro ha diseñado un sistema informático que refuerza la protección del personal sanitario ante situaciones de violencia. Cuando se produce la situación conflictiva en una dependencia del centro, el afectado sólo tiene que pulsar una tecla que acciona un sistema de alarma interconectado con el Servicio de Seguridad. Se valora como una aportación al problema puesto de relieve, ya hace más de cinco años, cuando se publicó un sondeo según el cual casi un tercio de los médicos catalanes ha experimentado un incidente violento en algún momento de su carrera profesional. Además, un cuarto de los médicos declara haber sido testigo de alguna agresión hacia un compañero.

³⁰ http://www.cgcom.org/sites/default/files/Documento%20agresiones_0.pdf

³¹ <http://www.adn.es/local/valencia/20090615/NWS-2130-Enfermeras-Valenciana-Comunitat-agresiones-laboral.html>

³² «Análisis médico-legal de las agresiones a profesionales sanitarios. Aproximación a una realidad silenciosa y a sus consecuencias para la salud» Begoña Martínez-Jarreta, Santiago Gascón, Miguel Ángel Santed y Jesús Goicoechea. *Med.Clin* (Barcelona).2007;128(8):307-10.

muestra declaró haber sido víctima de agresiones físicas y un 64% había sido objeto de violencia no física o psicológica (amenazas, coacciones o insultos). Es muy llamativo y por eso lo destacamos, que *sólo 8 profesionales del estudio de los que declararon haber sufrido agresiones denunciaran la agresión sufrida. Y los 8 casos coincidieron con agresiones físicas graves*. Lo que representa un 3,7% del total de las agresiones físicas. Mientras que *en ningún caso se interpuso denuncia por episodios de amenazas o insultos*.

El estudio analiza la violencia por centros, servicios y cargos y lugar donde se producen las agresiones físicas. Sus autores sitúan la «toma de conciencia» sobre este problema a partir de 2005, destacando la gran alarma que genera esta situación³³.

El tipo de violencia que más se produce, según este estudio, es la violencia psicológica (amenazas, coacciones e insultos), que ha sido sufrido por el 64 por ciento de los encuestados, el 11 por ciento de ellos reconoció la agresión física (un 5 por ciento en más de una ocasión), alcanzando valores muy elevados en Urgencias y Psiquiatría. Un 23,8 por ciento de los profesionales admitieron sufrir amenazas y coacciones en «reiteradas ocasiones». Por centros, el gran hospital lidera las tasas de violencia física (21,9 por ciento de casos), pero el insulto es más común en los centros urbanos de Atención Primaria (59,5 por ciento), y las amenazas en los centros rurales (58,5 por ciento). En cuanto a servicios, es en Urgencias y Psiquiatría donde se dan los mayores porcentajes en sus tres formas (agresión física, insulto y amenaza). Este estudio también refleja las diferencias entre las distintas categorías profesionales. Así, el médico se lleva la peor parte en violencia física e insulto, seguido de cerca por el personal de enfermería, y los directivos reciben el 65 por ciento del total de amenazas.

Muy interesante fue el hallazgo de la correlación estadísticamente significativa entre la violencia no física y ansiedad. Ambos tipos de violencia mostraron un idéntico impacto negativo en términos de burnout.

Sin embargo, y esto puede ser muy importante, *el apoyo percibido se configuró como una variable moduladora de los efectos psíquicos de las agresiones, tanto en términos de ansiedad como de síntomas de trastorno de estrés postraumático o de burnout*.

Mediante análisis de regresión logística, encontraron que **la variable apoyo se mostraba como un factor protector del burnout y de la ansiedad**.

Desde luego, este es un hallazgo trascendental, pues en la muestra del estudio de Martínez-Jarreta, **sólo 2 de cada 10 profesionales se sentían apoyados por la Administración en caso de agresiones**. Observándose una correlación negativa entre agresiones y apoyo percibido, de modo que quienes habían sufrido mayor número de episodios violentos se sentían menos apoyados. *De confirmarse en otros estudios este hallazgo abriría un enorme campo para poder incidir en paliar los devastadores efectos que tiene el fenómeno que estudiamos*.

Los autores consideran que la violencia no física puede tener un papel muy importante en la elevada morbilidad psiquiátrica que se observa entre los profesionales sanitarios.

Estas razones y los resultados confirman la necesidad de que la Administración otorgue una atención urgente y preferente a este problema facilitando apoyo psicológico y asesoramiento médico-legal. **Dichas medidas legales, consideran los autores del estudio, pasan necesariamente por la denuncia de los episodios de violencia**.

María José Fernández Martín, María Gloria Camacho García, Clara Olmos Aullón, Samuel Ruiz García, Marta Sanjuán Navais³⁴ estudiaron a partir de una muestra de 150 enfermeras que trabajan en la Unidad de Cuidados Intensivos y la Unidad Coronaria del Hospital Universitario de Bellvitge, encontraron que el 62% de los encuestados ha sido agredido físicamente y el 68% verbalmente. La mayoría de estas agresiones sólo se comunican verbalmente a compañeros o superiores. Sólo el 2,5% de los agredidos verbalmente y el 40% del agredidos físicamente lo comunican en forma escrita.

El 100% de los encuestados desconocía la existencia de recursos ante una agresión verbal. El 82,8% de las personas encuestadas no considera como agresión la realizada por un paciente con sus facultades mentales alteradas.

Encontraron que el personal estudiado no tiene un concepto unificado de lo que es una agresión, lo que conlleva justificar los actos violentos del enfermo, y en último lugar, que **hay un desconocimiento general de los recursos que el personal tiene a su disposición para hacer frente a una agresión**.

³³ «Análisis médico-legal de las agresiones a profesionales sanitarios. Aproximación a una realidad silenciosa y a sus consecuencias para la salud». Begoña Martínez-Jarreta, Santiago Gascón, Miguel Ángel Santed, Jesús Goicoechea, *Med Clin (Barc)*. 2007; 128:307-10.

³⁴ «Análisis y registro de las agresiones en UCI» María José Fernández Martín, María Gloria Camacho García, Clara Olmos Aullón, Samuel Ruiz García, Marta Sanjuán Navais. *Enferm Intensiva*. 2006; 17(2):59-66.

En mayo de 2007 una encuesta realizada por el **Consejo General de Enfermería** en toda España (600 enfermeros consultados)³⁵ destacaba que el 33% de los enfermeros había sufrido agresiones físicas (un 3,7%) o verbales (el 29,3% restante) en el último año ocasionadas en un 49,8% de los casos por familiares y acompañantes de los pacientes y en un 47,3% por los propios pacientes. Los encuestados constataban un incremento de las agresiones en los últimos cinco años, en los que, refieren que la violencia ha pasado de ser anecdótica a convertirse en un problema verdaderamente preocupante, en número, frecuencia y gravedad. En el estudio se identificaba por los encuestados, como **causas** de la agresión principalmente, la frustración de no ver satisfechas sus expectativas de atención del personal sanitario en cuanto a tiempos y pruebas diagnósticas (en un 41% de los casos). Otras causas identificadas también por los profesionales agredidos son el desacuerdo en valoraciones o diagnósticos, que se dio en un 27% de los casos, y la no aceptación por parte del personal sanitario de demandas específicas de los pacientes cuyo valor porcentual ascendió al 12%.

El estudio ha puesto de manifiesto que se han detectado agresiones en todos los servicios asistenciales. Aunque **donde tuvieron lugar** más frecuentemente las agresiones son en los servicios de urgencias hospitalarias (51% de los incidentes), los centros de atención primaria (33,5%), y las plantas de hospitalización (15%).

Un aspecto importante que se destaca es que un altísimo porcentaje de los enfermeros que sufren las agresiones opta por no presentar denuncia alguna. Así, de los enfermeros que han sufrido agresiones físicas sólo un mínimo porcentaje (entre un 4% y un 5%) ha presentado denuncias. Asimismo, ninguno de los enfermeros que han sufrido agresiones verbales ha presentado denuncia alguna.

En un estudio descriptivo de corte transversal a través de una encuesta al personal de urgencias de un Hospital de nivel IV, de la **Comunidad de Madrid**³⁶, durante al año 2007, obtuvieron como conclusiones que prácticamente todo el personal sanitario de urgencias (97,8%) ha sufrido algún tipo de agresión a lo largo de su ejercicio profesional. Que

el personal sanitario sufre un alto índice de agresiones verbales (96,8%) y en menor porcentaje de agresiones físicas. Destacando que el 54,8% de los agredidos han sufrido más de 10 agresiones verbales en el último año. Que no se observa diferencias significativas en función de la edad, sexo o categoría profesional. Que el personal facultativo es el que menos agresiones físicas ha recibido con un 89,5% que refiere no haber recibido ninguna. Y, que en el caso de las agresiones verbales la diferencias entre estamentos no es significativa.

Según un estudio efectuado en el **Servicio de Urgencias Pediátricas del Hospital madrileño Gregorio Marañón**³⁷, los profesionales que trabajan en los servicios de urgencias atienden pacientes y familiares con grandes cargas de ansiedad como consecuencia en muchos casos, del estrés causado por la situación de enfermedad que presentan. Debido a esto, los profesionales de estas unidades están expuestos a situaciones conflictivas con agresiones, que son cada vez más frecuentes. Las agresiones verbales son las más frecuentes (80,6%), el turno con más agresiones es la tarde (51,6%). Justifican la agresión por desacuerdo en el tratamiento 11 (35,5%), exigen pasar inmediatamente 7 (22,6%), expresan mucha demora en ser explorados 6 (19,4), no se atienden a normas 5 (16,1%) y refieren mucha demora en la revisión posterior a recibir tratamiento.

Durante el período de estudio se registraron 31 agresiones, de las que 25 fueron verbales y 6 físicas.

Médicos y enfermeras igual número 9 (29%), resto de profesionales 1 (3,2%), registrándose 11 (35,5%) realizadas a varios miembros del equipo en conjunto.

Por edades las agresiones registradas se dieron en edades de días hasta 12 meses un 25%, de 13 a 24 meses un 45,6%, y un 14,7% en edades de 25 a 180 meses.

La justificación por parte de la familia más frecuente es por desacuerdo en el tratamiento, en un 71%.

En **Alicante**, según su **Colegio de Médicos**, las agresiones a médicos han subido nada menos que un 152% en el último año. Durante 2009 el Colegio de Médicos de Alicante representó a 48 facultativos

³⁵ http://www.coegi.org/fileadmin/NOTAS_DE_PRENSA/RPAgionesSanitarios.pdf

³⁶ «Violencia: una constante en el Servicio de Urgencias». AUTORES: Gil Hernández. M.ª Rosario, Morales Cobo M.ª Cruz, Del Río Aragón. Paloma, Martín Durán. Ana M.ª, Peñalvo Espinosa. Remedios «Revista Científica de la Sociedad española de Enfermería de Urgencias y emergencias». <http://www.enfermeriadeurgencias.com/ciber/septiembre/pagina7.html>

³⁷ «SITUACIONES CONFLICTIVAS REGISTRADAS EN UN SERVICIO DE URGENCIA INFANTIL» AUTORES: Pascual Fernández, María Cristina, Jiménez Carrascosa, María Amalia. Ignacio Cerro, María del Carmen CENTRO DE TRABAJO: Urgencia Infantil. Hospital General Universitario Gregorio Marañón <http://www.enfermeriadeurgencias.com/ciber/julio2009/pagina5.html>. »Revista Científica e la Sociedad Española de Enfermería de Urgencias y Emergencias».

—el año anterior fueron 19— por haber sido objeto de agresiones, amenazas, trato vejatorio e insultos durante sus tareas asistenciales. De estos 48 casos, 27 culminaron en una acción judicial, bien a través del equipo jurídico del propio Colegio de Médicos o por el facultativo de forma individual.

En cuanto al perfil del agresor, el sindicato **CC.OO.** en la provincia de Alicante alerta del cambio que se ha producido en los últimos años. «Antes se ceñía a personas marginales que tenían el conflicto más en el área de Urgencias, ahora el agresor puede tener estudios y ser una persona acomodada». Por su parte, el **Colegio de Enfermería** registró el año pasado 9 denuncias por agresiones en la provincia de **Alicante**, frente a 16 en 2008. En **Valencia** fueron 20 las denuncias y en Castellón, tres³⁸.

En **Murcia**, los datos publicados³⁹, revelan un aumento del 16,5% en las agresiones registradas (240 en 2008, frente a 288 en 2009). Sesenta de ellas fueron agresiones físicas, 5 más que en 2008, el resto englobarían insultos, amenazas o agresiones verbales.

Los profesionales de **Servicio Navarro de Salud** también padecen esta situación. En 2008 se produjeron en Navarra en un total de 124 ocasiones (67 verbales y 57 físicas) frente a las 127 de un año antes. Según fuentes del Ejecutivo Foral, Salud Mental es el servicio que más agresiones registró con 71 casos, de los que 41 resultaron agresiones físicas; seguido de Atención Primaria (18 casos) y Urgencias, con 10 sucesos de este tipo⁴⁰.

Según los datos por puestos, 52 de las 124 agresiones las sufrieron auxiliares de enfermería (33 verbales, 18 físicas); 46 de ellas, personal de enfermería (14 verbales y 30 físicas), 18 personal facultativo (6 verbales, 12 físicas), 6 celadores (la mitad físicas y la otra mitad verbales), otra agresión verbal se dirigió a un psicólogo y otra del mismo tipo, a un Técnico Especialista en Anatomía Patológica (TEAP)⁴¹.

El **Colegio de Madrid** muestra su preocupación porque las agresiones que ha gestionado han aumentado un 175 por ciento desde 2002. En la actualidad, el 75 por ciento de las agresiones denunciadas son verbales y el 25 restante físicas⁴².

Las principales causas de las agresiones, según dicho Colegio, son la falta de información de los

pacientes sobre sus obligaciones, la disconformidad con las indicaciones del médico o la demora en la asistencia sanitaria.

En el Área de Salud de **Ávila**, 19 casos de agresiones en 15 meses, lo que arroja una media de 1,2 por mes. Este es el balance del Área de Salud de Ávila en cuanto a los incidentes registrados desde julio de 2008 con sanitarios como víctimas de ataques, ya sean médicos, enfermeros, auxiliares, celadores u otro personal. La cifra que presenta Ávila es la segunda más baja de Castilla y León, después de la de Soria, y también en lo referente al número de profesionales agredidos de este sector, un total de 25 desde julio del año pasado y hasta el 30 de septiembre de 2009⁴³.

Según un estudio del **Colegio de Médicos de Sevilla** basado en las denuncias recibidas durante el último lustro, sólo el 21 por ciento de las agresiones a médicos las perpetran personas de colectivos de riesgo —un 11 por ciento, enfermos con patologías psíquicas y otro 10 por ciento, toxicómanos—.

Este estudio, revela otros datos significativos como que el 91 por ciento de las sesenta ataques, amenazas e injurias que anualmente se denuncian en Sevilla se producen en centros de salud; otro siete por ciento, en hospitales y el 2 por ciento en centros privados.

Este estudio, basado en las agresiones a médicos de Sevilla denunciadas desde 2004, indica que los ataques se han estabilizado desde 2007.

En cuanto a los resultados, sólo el 15 por ciento de las agresiones han sido consideradas penalmente como lesiones, frente a un 36 por ciento de amenazas y otro 49 por ciento de injurias.

El 44 por ciento de los hechos denunciados fueron agresiones verbales, otro 28 por ciento, físicas y el 26 por ciento restante, intimidatorias.

Entre junio de 2009 y febrero de 2010, la entidad colegial registró un total de 34 procedimientos judiciales por agresiones, de los que cinco de ellos se instruyeron por episodios de agresión física y el resto por injurias y amenazas.

Así, y pese a que el número total de agresiones tanto físicas como verbales ha disminuido porcentualmente, lamentaron que los episodios denunciados son **cada vez más graves**.

³⁸ <http://www.diarioinformacion.com/alicante/2010/02/27/agresiones-pacientes-medicos-disparan/983903.html>

³⁹ <http://www.diarioelfaro.es/noticia/138319/REGION/agresiones-profesionales-sanitarios-aumentaron-16-2009.html>

⁴⁰ <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C6D73BDC-B828-4139-AB12-72EB9EA82343/125970/030409sa00.doc>

⁴¹ http://www.soitu.es/soitu/2009/04/03/info/1238762458_221520.html

⁴² <http://es.globedia.com/agresiones-medicos-producen-atencion-primaria-colegio-madrid>

⁴³ <http://www.diariodeavila.es/noticia.cfm/Local/20091123/avila/registro/quince/meses/19/incidentes/agresiones/sanitarios/1CE45C82-1A64-968D-59F1CC0ACA8292EF>

Atendiendo al tipo de centros en los que se cometen este tipo de actos violentos, detallaron que del total de estas 34 agresiones, 19 se registraron en centros públicos de salud, dos en centros privados, seis en hospitales, cinco en dispositivos de urgencias y dos en servicios de valoración de incapacidades contra inspectores del INSS.

A juicio del Colegio de Médicos de Sevilla, las agresiones que en los últimos años se cometen contra el estamento médico «no son sino el reflejo de la crispación que vive actualmente la sociedad», motivo por el que apostó por «incrementar la educación de la población, recobrar el prestigio de la profesión y aumentar las medidas disuasorias, como timbres anti-pánico, cámaras de videovigilancia y vigilantes de seguridad».

En el contexto andaluz, **Málaga** es la provincia con un mayor número de agresiones a médicos —más de 700 desde 2005—, seguida de Sevilla, con casi 600 y de Córdoba, con 300.

En **Granada**, **Cádiz** y **Almería** se han superado las 250 agresiones a médicos desde 2005, mientras que en Jaén se han contabilizado algo más de 200 y en **Huelva** no se ha alcanzado esta cifra.

El 58 por ciento de estas agresiones se han relacionado con una excesiva demora para ser atendido; otro 15 por ciento por la negativa a conceder o prorrogar una baja y un 10 por ciento a no prescribir medicamentos.

Desde enero a noviembre de 2009, se registraron en **Córdoba** por el Servicio Andaluz de Salud (SAS) ciento diez agresiones a sus trabajadores en 2009. Estos resultados hacen que la provincia cordobesa se posiciona en el tercer lugar de este triste ranking después de Sevilla, en la que se registraron 254 casos (53 agresiones físicas), y Málaga, con 120 agresiones, de las que 22 fueron ataques físicos. En toda la comunidad autónoma, el total de incidentes violentos ascendió a 712, de los cuales 183 fueron físicos⁴⁴.

De las 110 agresiones registradas, 41 fueron agresiones físicas (37,3%), y el resto insultos y amenazas verbales, según el balance facilitado por la Administración sanitaria —que incluye a todos sus profesionales, tanto sanitarios como no sanitarios—. Esta cifra supone un incremento del 61,76% respec-

to a 2008, ya que en ese año se registraron un total de 67 agresiones, de las que 12 fueron físicas.

El **Consejo de Médicos del País Vasco** ha puesto en marcha un estudio para conocer la realidad de las agresiones a facultativos que no se refleja en los tribunales, según informa el Colegio de Médicos de Álava. Esta institución recordó que en los últimos años las amenazas, insultos, coacciones y maltratos a médicos han aumentado tanto en intensidad como en número ya que hay muchos más casos, pues un alto porcentaje de las agresiones no se denuncian. Para descubrir esta nueva realidad, que no se refleja en los tribunales, el Consejo de Médicos del País Vasco pondrá en marcha un estudio-encuesta entre los colegiados de los tres territorios vascos, a fin de conocer esas agresiones ocultas y las circunstancias en las que se dan⁴⁵.

Desde luego, como se ha dicho, todo apunta a que estamos ante un fenómeno global. Así, según un estudio retrospectivo realizado en **Alemania**, realizado entre enfermeras y trabajadores de la salud de dos residencias, una clínica psiquiátrica y un taller para personas con discapacidades con una muestra que abarcó a 123 personas y con una tasa de respuesta 38,8%, en la que se evaluó la frecuencia, el tipo y las consecuencias del comportamiento agresivo y apoyo social en relación con hacer frente a la agresión en el lugar de trabajo resultando que durante los doce meses anteriores, el 70,7% de los encuestados había experimentado agresiones físicas y el 89,4% verbales. Encontraron que las agresiones físicas eran más frecuentes en los hogares de ancianos (83,9% de los empleados) y las agresiones verbales eran más comunes en las clínicas psiquiátricas (96,7% de los empleados). Los autores del estudio corroboraron estudios anteriores sobre la importancia del fenómeno así como la necesidad de implementar medidas de apoyo a los profesionales afectados para paliar las consecuencias del estrés generado por las agresiones⁴⁶.

En otro estudio (retrospectivo) realizado en el Departamento de medicina de emergencia, del Hospital de St. Paul, en Vancouver (**Canadá**)⁴⁷ en el que se encuestaron a todos los empleados de departamento de emergencias durante 1996 en un centro

⁴⁴ http://www.elpais.com/articulo/espana/SAS/registra/700/agresiones/profesionales/sanitarios/2009/elpepuesp/20100217elpepunac_14/Tes

⁴⁵ <http://www.smacor.com/Un%20estudio%20busca%20conocer%20las%20agresiones%20que%20no%20se%20reflejan%20en%20los%20tribunales.pdf>

⁴⁶ Aggression and violence against health care workers in Germany - a cross sectional retrospective survey Franz S, Zeh A, Schablon A, Kuhnert S, Nienhaus A. BMC Health Services Research 2010, 10:51doi:10.1186/1472-6963-10-51

⁴⁷ Fernandes CM, Bouthillette F, Raboud JM, Bullock L, Moore CF, Christenson JM, Grafstein E, Rae S, Ouellet L, Gillrie C, Way M. Departamento de medicina de emergencia, hospital de St. Paul, Vancouver, BC. cfernand@unix.UBC.CA CMAJ. 1999 Nov 16;161(10):1245-8.

de atención terciaria de interior de la ciudad urbana en Vancouver, se analizaron los graves efectos que ocasionan en sus víctimas, las agresiones. El 68% de los encuestados informaron de un aumento de la frecuencia y de la gravedad de la violencia y se constató, igualmente, que el fenómeno de la violencia esta mal definido y hay una gran subnotificación.

En el estudio, publicado en 2009 realizado sobre fisioterapeutas en formación de salud mental del **Reino Unido**⁴⁸ se encontró que el cincuenta y uno por ciento de los encuestados (59/116) informó que ellos habían sido agredidos en el trabajo durante su carrera, y 24% (28/116) había sido agredido por un paciente en los 12 meses anteriores.

Los autores recomiendan que se incluyan una formación adecuada en los correspondientes programas de para fisioterapeutas.

En la importancia de la formación, como estrategia coadyuvante, para poder reducir las agresiones contra las auxiliares de enfermería en las residencias de ancianos incide el interesante estudio en el que intervinieron 138 auxiliares de enfermería de 6 residencias de ancianos. De todas las residencias de ancianos de **Ohio** (Estados Unidos) con más de cien camas, 6 fueron seleccionadas de forma aleatoria, de las que 3 se asignaron al grupo control y 3 al experimental con base a un cuestionario que fue utilizado para obtener información sobre datos demográficos, el empleo y la experiencia con la violencia y a la encuesta *Knowledge and Self-Efficacy*. Se registraron las agresiones durante 80 horas de trabajo, y participaron en un simulacro para valorar las habilidades para la prevención de las agresiones en 3 momentos diferentes: antes de la intervención, una semana después y 6 meses después de la intervención.

Según señalaron los participantes del grupo de intervención mostraron aumentos significativos en conocimientos, autoeficacia y habilidades para la prevención de la violencia. Aunque la intervención no tuviera un gran efecto en la incidencia de las agresiones, había una interacción entre la intervención y el número de agresiones anteriores a ésta. La intervención tenía un efecto significativo en las auxiliares de enfermería que tenían menos de 6

agresiones antes de la intervención ($p < 0,001$) y no tenía efecto alguno en las que contabilizaban más de 7. Los investigadores encontraron una relación significativa entre las agresiones y las siguientes variables: edad, estado de enfado y número de residentes asignados. Los autores concluyeron que aunque la incidencia de violencia no puede ser eliminada, puede ser disminuida con una intervención o una formación sobre la prevención de la violencia. La violencia no debería ser nunca tolerada o aceptada «como parte del trabajo», porque el hacerlo así infravalora a las auxiliares de enfermería⁴⁹.

En otro trabajo efectuado en un **Hospital General del Reino Unido**⁵⁰ resultó que dentro del año anterior a la realización del estudio fueron agredidos el 27% de los encuestados, el 23% sufrió amenazas de los pacientes y el 15,5% experimentó las amenazas procedentes de acompañantes. Más de 68% comunicaron agresiones verbales, 25,7%, las padece en más de una ocasión al mes. Por departamentos, más del 42% del personal del departamento médico, 36% del personal quirúrgico y más del 30% del personal de accidentes y de emergencia fueron agredidos. Las enfermeras de personal y enfermeros inscritos informaron más agresiones (43,4%) que los médicos (13,8%).

M Estry-Behar, van der Heijden B, Camerino D, C de Fry, Le Nezet O, Conway PM, Hasselhorn HM encontraron indicios de que la violencia ocupacional en la atención de la salud ejercida por pacientes, acompañantes y usuarios en general puede influir en el reclutamiento y en el síndrome de burnout en el personal en general y de enfermería en particular. Con el fin de avanzar en el conocimiento de dichas consecuencias se hizo un estudio mediante encuestas y de seguimiento en el que intervinieron enfermeros de **10 países**⁵¹. En total 39,894 enfermeras respondieron al cuestionario base (tasa de respuesta de 51%). El estudio dio como resultado, según publican, el hallazgo de que, entre otros factores de riesgo (edad, género, etc.), la calidad del trabajo en equipo parece ser un factor importante. Se encontró también que la Incertidumbre con respecto a los tratamientos de los pacientes estaba vin-

⁴⁸ Physiotherapy. 2009 Sep;95(3):170-5. Epub 2009 Jul 21. Physical assault by patients against physiotherapists working in mental health settings. Stubbs B, Dickens G. St Andrews Healthcare, Billing Road, Northampton NN1 5DG, UK.

⁴⁹ Gates D, Fitzwater E, Succop P. Reducing assaults against nursing home caregivers. Nurs Res. 2005;54:119-27.

⁵⁰ J Clin Nurs. 2004 Jan;13(1):3-10. Aggression towards health care staff in a UK general hospital: variation among professions and departments. Winstanley S, Whittington R. Faculty of Health and Applied Social Sciences, Psychology and Speech and Language Therapy, De Montfort University, Leicester, UK.

⁵¹ Occup Med (Lond). 2008 Mar; 58 (2): 107-14. Epub 2008 Jan 21. Riesgos de violencia en enfermería--los resultados del estudio de 'NEXT' Europeo. M Estry-Behar, van der Heijden B, Camerino D, C de Fry, Le Nezet O, Conway PM, Hasselhorn HM; el siguiente grupo de estudio. Servicio central de Médecine du Travail Hôpitalux Hôtel Dieu AP-HP de Paris, Paris, Francia.

culada con la violencia. También informan que sólo el turno de noche de trabajo era de alto riesgo y que altos niveles de presión de tiempo y de la carga física se asociaron con violencia. También se encontró una relación entre la frecuencia de episodios de violencia con niveles más altos de agotamiento, la intención de abandono de la profesión de y la intención de cambiar de institución. Los autores concluyeron que el estudio apoya los esfuerzos encaminados a mejorar los factores relacionados con el trabajo en equipo por estar asociadas con una disminución en la violencia contra el personal de enfermería.

Las investigaciones de Jackson D., Clare J., Mannix J.⁵² en **Australia**, muestran la existencia de una correlación entre el absentismo, bajas por enfermedad, agotamiento del personal de enfermería y los episodios de violencia dirigidos contra enfermeras. En el trabajo se destaca que la violencia contra el personal de enfermería adopta muchas formas, como la agresión, hostigamiento, acoso, intimidación y agresión. En el estudio se destaca la necesidad de una mayor implicación de todos para mejorar los entornos de trabajo para las enfermeras.

El estudio también coincide con otras investigaciones, como el que efectuaron Camerino D, Estry-Behar M, Conway PM, van Der Heijden BI, Hasselhorn HM⁵³, que muestran la gran frecuencia con la que se producen agresiones en la profesión de enfermería. El estudio se diseñó mediante un encuesta de corte transversal y estudio de seguimiento longitudinal basada en un cuestionario, con la pretensión de evaluar las relaciones entre los factores individuales, organizacionales y psicosociales pertinentes y la frecuencia de varios tipos de violencia de lugar de trabajo; así como los efectos interactivos de la violencia y los factores psicosociales en el compromiso de la organización y de la salud percibida. Participaron cinco ciento sesenta y cinco instituciones de cuidado de la salud de ocho países europeos, con 34,107 participantes. La tasa de respuesta fue de 55,1% en la parte de corte transversal y 40,5% en la fase de seguimiento. En la línea de base, los en-

cuestados eran en su mayoría mujeres (89,3%), en el grupo de edad 30-44 años (52,9%), enfermeras registradas o especializados (67,0%). Se confirmó que a mayores niveles de factores adversos relacionados con el trabajo mayor frecuencia de los distintos tipos de violencia. Los autores encontraron importantes interacciones entre factores psicosociales y episodios de violencia, concluyendo que los hallazgos sugieren la necesidad de efectuar intervenciones tanto sobre las condiciones de trabajo propicias a la violencia como con los mismos comportamientos violentos.

Las investigaciones de Henderson AD, en **Canadá**⁵⁴, ponen de relieve que las enfermeras sufren agresiones casi a diario a manos de sus pacientes y sus familiares, resaltándose que los abusos contra enfermeras es una cuestión importante que tiene un impacto significativo sobre sus habilidades como profesionales para ofrecer una atención eficaz a sus pacientes.

En **Suecia**, el problema de las agresiones también ha recibido una atención creciente en los últimos años. Según Menckel E y Viitasara E⁵⁵. La exposición a las agresiones es especialmente elevada entre el personal de atención de la salud en los servicios sociales. Realizaron una encuesta a nivel nacional de prevalencia, entorno de trabajo y situaciones de riesgo. Se envió un cuestionario a una muestra estratificada de 2.800 empleados de la Administración Pública gestora en el sector de la atención y el bienestar, que trabajan principalmente con los ancianos o personas con discapacidades del desarrollo. Se incluyeron supervisores, especialistas y otras categorías de cuidadores, representando a una población de más de 170.000 empleados. Se obtuvo una tasa de respuesta del 85%. Los resultados indicaron que el 51% de la población había sido afectado por las amenazas y violencia, ya sea verbalmente o físicamente, durante año anterior. Además, los resultados sugieren que más 9% de los empleados habían sufrido actos de violencia o amenazas, incluso varias veces al mes en un 67%. Los grupos más vulnerables fueron auxiliares de enfermería y cuidado-

⁵² J Nurs Manag. 2002 Jan;10(1):13-20. Who would want to be a nurse? Violence in the workplace--a factor in recruitment and retention. Jackson D, Clare J, Mannix J. School of Nursing, Family and Community Health, College of Social and Health Sciences, University of Western Sydney, Penrith South DC NSW 1797, Australia.

⁵³ Int J Nurs Stud. 2008 Jan;45(1):35-50. Epub 2007 Mar 23. Work-related factors and violence among nursing staff in the European NEXT study: a longitudinal cohort study. Camerino D, Estry-Behar M, Conway PM, van Der Heijden BI, Hasselhorn HM. Department of Occupational Health, University of Milan, Milan, Italy.

⁵⁴ Nurs Leadersh (Tor Ont). 2003;16(4):82-98. Nurses and workplace violence: nurses' experiences of verbal and physical abuse at work. Henderson AD. School of Nursing, University of British Columbia, Vancouver.

⁵⁵ Scand J Caring Sci. 2002 Dec;16(4):376-85. Threats and violence in Swedish care and welfare--magnitude of the problem and impact on municipal personnel. Menckel E, Viitasara E. National Institute for Working Life, Stockholm, Sweden. ⁵⁸ N

res directos. El episodio que se produce con más frecuencia son las amenazas verbales (79%), un 66% han sufrido agresiones físicas. Las consecuencias inmediatas se manifiesta en forma de sentimientos de ira (41%) impotencia (31%), pero también pequeñas lesiones físicas (18%). El estudio concluye que son precisos mayores conocimientos de las consecuencias que las agresiones suponen para la organización, la situación laboral y la salud del personal.

Hegney, D., Eley, R., Plank, A., Buikstra, E., Parker, V.⁵⁶ (Queensland, **Australia**) realizaron un estudio comparativo con otro similar anteriormente realizado en 2001. El estudio incluyó el muestreo aleatorio de 3.000 enfermeras de las enfermeras de Queensland Centros Geriátricos (ambos centros de atención de edad públicas y privadas), privados (hospital agudo y enfermería domiciliaria) y públicos (hospital agudo y enfermería comunitaria). Los resultados autonotificados sugieren un aumento de la violencia de lugar de trabajo en los tres sectores. Aunque hay diferencias en los orígenes de la violencia de lugar de trabajo a través de los sectores, son las principales causas de la violencia de lugar de trabajo: pacientes, visitantes y familiares. También se encontraron asociaciones entre violencia de lugar de trabajo y género⁵⁷, la designación de la enfermera, horas de trabajo, a la edad de la enfermera, la moral y la percepción de seguridad en el trabajo.

Según constatan Lanza, M. L., Zeiss, R., Rierdan, J.⁵⁸ en una revisión de la literatura sobre la prevalencia, los autores y el impacto de la violencia en enfermeras psiquiátricas destacan que el personal de enfermería femenino que atiende pacientes psiquiátricos son, con frecuencia, víctimas de las violencia en sus formas de violencia verbal, física y acoso sexual. Muchas de estas agresiones son perpetradas por los propios pacientes. Los autores destacan el impacto emocional de la violencia en el personal de

enfermería femenino está escasamente estudiado destacando la necesidad de profundizar en el estudio de todas estas cuestiones. Señalan estos autores que la investigación, en sí misma, puede tener efectos beneficiosos tanto directos como indirectos para la profesión de enfermería.

En otro estudio efectuado en **Canadá**, por Duncan SM, Hyndman K, Estabrooks CA, Hesketh K, Humphrey CK, Wong JS, Acorn S, Giovannetti P⁵⁹, se examinó las respuestas a una encuesta sobre la violencia en el lugar de trabajo de una muestra de 8,780 enfermeros, efectuada en 210 hospitales en las provincias de Alberta y Columbia Británica de Canadá. Casi la mitad (46%) de los encuestados había experimentado 1 o más tipos de violencia en los últimos 5 años: abuso emocional 38%, amenaza de agresión física 19%, 18% de agresiones físicas, verbales, acoso sexual 7,6%, agresión sexual 0,6%. Además, 70% de quienes habían experimentado violencia indicó que no lo habían informado. Los pacientes constituyen la principal fuente de todos los tipos de violencia. El tipo más frecuente, abuso emocional, fue también el tipo de violencia más uniformemente distribuido entre fuentes (pacientes, familiares, compañeros de trabajo, los médicos). En general, los resultados sugieren que las instituciones de atención de la salud no siempre son lugares de trabajo apacibles y cada vez más pueden ser estresantes y peligrosos.

Chapman, R. y Styles, I.⁶⁰ ponen de relieve la realidad de cada día para las enfermeras frente a episodios de violencia y agresión mientras trabajan en el sistema de atención de la salud en **Australia** Occidental. Se constata que a pesar de las medidas puestas en práctica por las autoridades para prevenir y atajar la violencia el fenómeno lejos de disminuir sigue aumentando. Las consecuencias de estos eventos son de gran alcance e incluyen un mayor costo

⁵⁶ Int J Nurs Pract. 2006 Aug;12(4):220-31. Workplace violence in Queensland, Australia: the results of a comparative study. Hegney D, Eley R, Plank A, Buikstra E, Parker V. Research Practice Development Centre, University of Queensland and Blue Care, Queensland, Australia.

⁵⁷ En el marco de las denominadas «I Jornadas de Colegios de Médicos de Andalucía», que se celebró en Málaga por el Consejo Andaluz de Colegios de Médicos y a la que han asistido alrededor de unos 150 profesionales del ramo, el psiquiatra José Miguel Pena advirtió de que el incremento de las agresiones a profesionales sanitarios en el ejercicio de su profesión pueden tener un componente de género relacionado con la incorporación de la mujer al mercado laboral, ya que, según admitió, se están registrando «más casos de agresiones a mujeres médicos que a hombres». <http://es.globedia.com/medicos-alertan-agresiones-profesionales-sanitarios-tener-componente-violencia-genero>

⁵⁸ Contemp Nurse. 2006 Feb-Mar;21(1):71-84. Violence against psychiatric nurses: sensitive research as science and intervention. Lanza ML, Zeiss R, Rierdan J. Nursing Service for Research, Edith Nourse Rogers Memorial Veterans Hospital, Bedford, and University of Massachusetts/Boston, Williamsburg, Massachusetts, USA.

⁵⁹ Can J Nurs Res. 2001 Mar;32(4):57-78. Nurses' experience of violence in Alberta and British Columbia hospitals. Duncan SM, Hyndman K, Estabrooks CA, Hesketh K, Humphrey CK, Wong JS, Acorn S, Giovannetti P. School of Nursing, University College of the Cariboo, Kamloops, British Columbia, Canada.

⁶⁰ Accid Emerg Nurs. 2006 Oct;14(4):245-9. Epub 2006 Oct 24. An epidemic of abuse and violence: nurse on the front line. Chapman R, Styles I. Curtin University of Technology, GPO Box U1987, Perth, WA 6845, Australia.

para el sistema de atención de la salud, pérdida de enfermeras experimentadas y dificultad para atraer a enfermeras. Destaca la importancia de la sensibilización sobre este problema y la necesidad de que por parte de las Autoridades y del propio personal afectado se evite asumir como «parte del trabajo» del personal sanitario, la violencia y la agresión.

Henderson, A. D.⁶¹ encontró que el personal investigado en su estudio sufría, casi a diario, agresiones verbales en el contexto de su trabajo, producidas por pacientes y familiares. También encontró que otro tipo de agresiones como amenazas y las que se materializan físicamente son muy frecuentes. Se constató que el apoyo de otros profesionales de la salud o de la administración en esta materia, aunque positivo era insuficiente. El estudio, cualitativo, fue llevado a cabo en dos países: **Canadá** y el **Reino Unido**, participando cuarenta y nueve enfermeras mediante entrevistas en grupo e individualmente. Se encontró que esas experiencias de violencia en su trabajo repercutían negativamente en sus habilidades para atender a los pacientes.

El problema de la violencia y la agresión en establecimientos sanitarios se ha convertido en una cuestión de gran sensibilidad en el **Reino Unido**⁶². Después de la publicación de las cifras emitidas por la **Comisión Asesora de los Servicios de Salud (HSAC)** que muestran la enfermería como la profesión más peligrosa en el Reino Unido, Frank Dobson, Secretario de salud, instó a los administradores de servicios de salud a hacer todo que lo posible para reducir la violencia. Entienden como violencia cualquier incidente al que se somete a un trabajador de salud en el que se den las notas de abuso verbal (injurias), amenazas o asalto o acometimiento por un paciente o usuario. El informe concluye en recomendaciones. La HSAC (1997) declaró que es posible reducir el riesgo de violencia con medidas proactivas tomadas por la administración, respaldada por el compromiso e implicación de todos los actores, especialmente de directivos y personal a todos los niveles.

Duxbury⁶³ señala que hasta relativamente poco tiempo, el fenómeno de las agresiones y de la violencia en general en enfermería ha sido un área poco

estudiada (Poster & Ryan 1993). Hoy en día (1999), señala el autor, la preocupación por este problema esta aumentando sensiblemente (Wykes 1994, Whittington 1997). El autor, en este estudio, analizó experiencias de agresiones padecidas por el personal de enfermería provocadas por pacientes en el Área de la Salud Mental y en pacientes ingresados en Hospital de agudos. El estudio reveló que las dos áreas tienen problemas similares en términos de tipos de agresión, siendo más frecuentes las agresiones verbales, sin embargo, encontró diferencias en la forma en que se enfrentan al problema las enfermeras de salud mental que parece que asumen más directamente el control de las situaciones agresivas mientras que las enfermeras generales tienden a confiar más en el resto del equipo (personal médico, los equipos de salud mental y la policía) cuando surge el problema. Concluyen que estas dos especialidades de enfermería tienen mucho que aprender unos de otros en términos de experiencia y posibles enfoques futuros para el manejo de pacientes agresivos de enfermería.

El problema también afecta al personal del Servicio de Ambulancias de **Viena**⁶⁴, tal y como se reseña en un estudio efectuado mediante cuestionario remitido por correo electrónico a 35 Servicios Médicos de Emergencia.

Durante el período de análisis (2 años), se informaron 203 asaltos agresivos o violentos dentro del servicio de ambulancias de Viena. En relación con el número total de pacientes tratados 268.528, la tasa de incidencia es del 0,08%. Los hombres cometen, con un 71,7%, la mayor parte de estas agresiones. Con respecto a los diagnósticos, el grupo de diagnóstico de incidentes relacionados con el alcohol fue más frecuente con 59 casos. La mayoría de los eventos tuvieron lugar en los fines de semana y en las horas de la noche. La agresión verbal fue predominante (86,2%); sin embargo, más de un 20% de las incidencias se mostraron como lesiones físicas del personal médico.

El estudio demostró que la agresión es un problema grave en los servicios médicos de emergencia, sugiriendo los autores que se deben institucionalizar respuestas adecuadas.

⁶¹ Nurs Leadersh (Tor Ont). 2003;16(4):82-98. Nurses and workplace violence: nurses' experiences of verbal and physical abuse at work. Henderson AD. School of Nursing, University of British Columbia, Vancouver.

⁶² Accid Emerg Nurs. 1999 Jan;7(1):8-12. Violence and aggression in A & E: recommendations for action. Saines JC. Accident and Emergency Department, Wycombe Hospital, UK.

⁶³ J Psychiatr Ment Health Nurs. 1999 Apr;6(2):107-14. An exploratory account of registered nurses' experience of patient aggression in both mental health and general nursing settings. Duxbury J. Health Studies Department, Bolton Institute, Deane.

⁶⁴ Agresion and violence against staff of ambulance services A Auer from 30th International Symposium on Intensive Care and Emergency Medicine Brussels, Belgium. 9-12 March 2010 Critical Care 2010, 14(Suppl 1):P280doi:10.1186/cc8512

En una revisión relativa a las investigaciones efectuadas sobre violencia en el lugar de trabajo en **Canadá** y los **Estados Unidos** por HEWITT, JEANNE B.1; LEVIN, PAMELA F.⁶⁵ se evidenció que los factores de riesgo de homicidio y lesiones de asalto no fatal difieren significativamente. Así, en 1993, hubo 1.063 homicidios relacionados con el trabajo en los Estados Unidos (Bureau of Labor Statistics, 1994). De hecho, el homicidio en el lugar de trabajo fue la segunda causa de los accidentes laborales con resultado mortal, pero *la causa principal para las mujeres*. Se encontró que quienes tenían mayor riesgo eran: hombres, trabajadores autónomos y empleados en tiendas de comestibles, bares, y similares, las estaciones de servicio, servicios de taxi y determinados servicios oficiales relacionados con la seguridad pública (Policías). La mayoría de los homicidios *laborales* tuvieron como causa el robo.

En cuanto a los asaltos no mortales, las primeras víctimas son las mujeres, del Sector Servicios, principalmente del Subsector Sanitario. Encontraron que el personal de enfermería sufre diez veces más asaltos que el resto del personal de otros Sectores.

Las Organizaciones Sindicales en Estados Unidos no han dejado de contribuir en su labor de concienciación sobre la gran importancia del fenómeno de las agresiones como un riesgo emergente en el medio laboral. La investigación⁶⁶ realizada por el Instituto Nacional para la seguridad y la salud y el Departamento de Justicia de Estados Unidos han respaldado a estos esfuerzos.

Esta investigación reveló que la violencia en el lugar de trabajo es la segunda causa de muerte una lesión traumática en el trabajo para los hombres, la principal causa de una lesión traumática mortal en el trabajo para las mujeres y la causa de 2 millones de lesiones no mortales cada año en los Estados Unidos.

Años atrás, el debate estaba centrado sobre si la violencia de lugar de trabajo era un riesgo laboral o estrictamente una cuestión de policía y la Justicia Penal. Los sindicatos americanos coinciden con los profesionales de seguridad y salud ocupacionales en

el reconocimiento de que la violencia en el entorno laboral es un serio peligro que, en muchas ocasiones es posible prever y evitar, lo que requiere el compromiso de los afectados y la implementación de programas y medidas legislativas. A este fin, concluye el estudio, puede contribuir positivamente las investigaciones que se efectúan sobre el particular.

Según otros estudios⁶⁷, están produciéndose cada vez más agresiones contra el personal que atiende a pacientes psiquiátricos. Los autores sugieren la necesidad de profundizar en los estudios epidemiológicos sobre el particular, dirigidos a identificar riesgos y factores ambientales que contribuyen a las lesiones del personal afectado, pueden reducir o eliminar la morbilidad asociada con los asaltos de pacientes y usuarios en general.

En el estudio de María Villar Doncel y Jesús María Aranaz⁶⁸ se estudiaron diversas cuestiones relativas a las agresiones físicas a trabajadores por pacientes ingresados con enfermedad mental que ocasionaran lesión anatómica o respuesta de miedo o tensión emocional.

Fueron agredidos 212 profesionales que acumularon 356 agresiones. La incidencia promedio fue de 22,4 agresiones/100 camas; de 10,7 agresiones /100 trabajadores y de 24,7 agresiones /profesionales de enfermería. Los agredidos eran más jóvenes, más frecuentemente mujeres, del departamento de enfermería, contrato temporal y turno de tarde. La mujer presentó un riesgo relativo de agresión, respecto al hombre, de 2,42 (IC 95%: 1,64 - 3,35). Tres de cada cuatro agredidos no había recibido formación específica. Las agresiones con incapacidad temporal fueron un 7,3%. Un 30% de las agresiones eran previsibles y un 25% evitables.

Encontraron que las agresiones a profesionales sanitarios por enfermos mentales suponen un serio problema de salud ocupacional. El perfil del trabajador accidentado es mujer de 40 años, auxiliar de enfermería con contrato temporal de turno de tarde. La violencia en el medio sanitario psiquiátrico es un riesgo frecuente, que no es grave, de tendencia creciente, comúnmente infradeclarado y evitable. Un

⁶⁵ *Violence in the Workplace*. Authors: HEWITT, JEANNE B.1; LEVIN, PAMELA F.2 Source: Annual Review of Nursing Research, Volume 15, Number 1, 1997, pp. 81-99(19) Publisher: Springer Publishing Company <http://www.ingentaconnect.com/content/springer/arnr/1997/00000015/00000001/art00005>

⁶⁶ «A labor perspective of workplace violence prevention Identifying research needs» *American Journal of Preventive Medicine* Volume 20, Issue 2, Pages 161-168 (febrero 2001) J.Rosen. SCHOOL OF NURSING UNIVERSITY OF WISCONSIN—MILWAUKEE 2: COLLEGE OF NURSING UNIVERSITY OF ILLINOIS AT CHICAGO <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0749379700002932>

⁶⁷ «Workplace violence in the hospital psychiatric setting. An occupational health perspective» *American Association of Occupational Health Nurses Journal (AAOHN J.)* 1996 Dec;44(12):575-80. Hansen B. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9043223>

⁶⁸ *Violencia en el medio hospitalario por pacientes con enfermedad mental*. María Villar Doncel, Jesús María Aranaz. Archivos de prevención de riesgos laborales, ISSN 1138-9672, Vol. 9, Nº. 1, 2006, pags. 20-27.

plan de prevención requiere medidas organizativas, ambientales, de seguridad activa, y formación específica.

El estudio de Baron y Neuman⁶⁹, basado en una encuesta a 178 profesionales, informa que, aunque mucho menos llamativas, la mayor parte de las agresiones en el trabajo son verbales, indirectas y pasivas en lugar de físicas, directas y activas.

El problema de las agresiones a los profesionales sanitarios también está presente en **Taiwán**, tal y como se expone en el estudio efectuado por Yu-Hua Y.-H. Lin, Hsueh-Erh H.-E. Liu⁷⁰. El propósito de este estudio era explorar la prevalencia de la violencia de lugar de trabajo (*workplace violence*) cometida por los pacientes y sus familiares contra los trabajadores sanitarios en el sur de Taiwán. Se efectuó mediante cuestionarios que fueron completados por 205 enfermeras de un centro médico en el sur de Taiwán.

El sesenta y dos por ciento de las enfermeras informó haber padecido agresiones. La mayoría de los casos consistió en abusos verbales, incluidas las amenazas de violencia o amenaza de palabras de los pacientes o familiares. Las expresiones verbales de violencia fueron principalmente debido a malentendidos y embriaguez por parte de los pacientes y sus familias y problemas personales en las relaciones de las enfermeras con médicos y compañeros de trabajo. Las agresiones físicas comunicadas se produjeron por pacientes mentalmente inestables. Los autores concluyen que las conclusiones de este estudio pueden ayudar a los hospitales y las enfermeras en evitar, reducir y controlar los incidentes de violencia en el lugar de trabajo.

La violencia en el lugar de trabajo contra profesionales de la enfermería es común, según este interesante estudio piloto⁷¹ que exploró la asociación entre violencia en el lugar de trabajo y determinadas características de las víctimas. El estudio se efectuó sobre noventa enfermeras hispanas que desarrollaban su labor en **Texas (Estados Unidos)** Factores personales como la edad de las enfermeras, los años de experiencia, y la educación básica no se asociaron

con las agresiones. Sin embargo, si que se encontró una **asociación significativa entre género y experiencias previas de violencia**, lo que sugiere a los autores del estudio la necesidad de que se tenga en cuenta a la hora de elaborar programas de prevención y formación.

Según sugieren Koritsas S, Boyle M y Coles J, autores del estudio «**Factors associated with workplace violence in paramedics**»⁷², la mayor parte de las investigaciones que han explorado la violencia en el lugar de trabajo se han centrado en el establecimiento de la prevalencia de la violencia en diferentes contextos. Sin embargo, según los autores, existe una escasez de investigación que analice los factores que pueden predecir o aumentar el riesgo de las víctimas de la violencia en el lugar de trabajo. Se imponen el objetivo de determinar los factores predictores de la violencia para paramédicos. Para ello utilizaron un cuestionario que estableció seis formas de violencia: abusos verbales, daños y robo de la propiedad, intimidación, abuso físico, acoso sexual y agresión sexual. El cuestionario fue distribuido de forma aleatoria a paramédicos en áreas rurales y metropolitanas de **Australia del Sur**, y completado y devuelto de manera anónima. Se encontró que, el género fue el único predictor de intimidación, acoso sexual y agresión sexual. Como predictores de agresión verbal se encontró la propia calificación de paramédico, la forma de respuesta a las llamadas de salida y las horas por semana en contacto directo con pacientes. Los autores concluyen que existen ciertos factores que predisponen la violencia laboral en los paramédicos. Consideran imprescindible la formación para la prevención de la violencia, así como para su gestión.

Los enfermeros han sido las dianas del alarmante aumento de la violencia de lugar de trabajo, según Child y Mentis, en **California**⁷³. Las Urgencias y las enfermeras psiquiátricas son los profesionales más vulnerables. Para los autores, la falta de procedimiento de notificación de incidentes de violencia y la ausencia de una definición estándar de la violencia contribuyen a que el problema no disminuya.

⁶⁹ «Workplace violence and workplace aggression: Evidence on their relative frequency and potential causes» Robert A. Baron (Department of MP&O, Rensselaer Polytechnic Institute, Troy, New York), Joel H. Neuman (Department of Business Administration, State University of New York at New Paltz, New Paltz, New York) <http://www3.interscience.wiley.com/journal/64146/abstract>

⁷⁰ The impact of workplace violence on nurses in South Taiwan Yu-Hua Y.-H. Lin, Hsueh-Erh H.-E. Liu International Journal of Nursing Studies - September 2005 (Vol. 42, Issue 7, Pages 773-778, DOI: 10.1016/j.ijnurstu.2004.11.010).

⁷¹ Cheryl Anderson and Melinda Parish Report of Workplace Violence by Hispanic Nurses J Transcult Nurs, Jul 2003; 14: 237 - 243.

⁷² Factors associated with workplace violence in paramedics. Koritsas S, Boyle M, Coles J Centre for Development Disability Health Victoria, Monash University, Melbourne, Australia. stella.koritsas@med.monash.edu.au

⁷³ Issues Ment Health Nurs. 2010 Feb;31(2):89-95. Violence against women: the phenomenon of workplace violence against nurses. Child RJ, Mentis JC. University of California-Los Angeles, School of Nursing, 700 Tiverton Ave., Factor Building, Los Angeles, CA 90095, USA.

Así mismo, constatan que faltan estudios que investiguen la profundidad del problema y las consecuencias en los abandonos de la profesión o la dificultad de reclutamiento.

Los estudios de Ventura-Madangeng J, Wilson «Workplace violence experienced by registered nurses: a concept análisis»⁷⁴ ponen de relieve que la violencia en el lugar de trabajo hacia las enfermeras ha aumentado durante la última década con graves consecuencias que pueden extenderse más allá de las experiencias individuales de enfermeras a toda la Organización. Los autores señalan que la **variedad de definiciones** de la violencia en el lugar de trabajo padecida por enfermeras diplomadas contribuyen a la falta de claridad sobre el problema lo que incide en que se deje de notificar estas incidencias.

Basándose en la literatura relevante desde 1990 a 2005, llevaron a cabo un análisis del concepto utilizando el marco de Walker y de Avant para desarrollar una definición operativa de este fenómeno para las enfermeras (excluyendo el personal de enfermería de salud mental). Así como para tener un conocimiento claro de la magnitud del problema para poder elaborar estrategias encaminadas a prevenir y resolver este problema.

Livingston JD, Verdun-Jones S, Brink J, Lussier P, Nicholls T, en su trabajo *A narrative review of the effectiveness of aggression management training programs for psychiatric hospital staff*⁷⁵, realizaron una revisión exhaustiva sobre todos los artículos publicados en inglés entre el 1 de enero de 1990 y el 1 de abril de 2007 consideran la importancia de la formación para prevenir y gestionar las agresiones en los hospitales psiquiátricos. Si bien, consideran que se necesita más investigación metodológicamente rigurosa para establecer firmemente si es eficaz en la reducción de las agresiones y lesiones del personal. Reconocen que las agresiones son en gran parte prevenibles pero que confiar demasiado en la formación tendrá un limitado efecto para hacer frente a la gama de cuestiones relacionadas con las agresiones, por lo que las organizaciones de salud mentales deben mirar más allá de la formación del personal, si

han de lograr reducciones significativas en lesiones agresivas de incidentes y personal.

El objetivo del estudio de Gacki-Smith J, Juarez AM, Boyett L, Homeyer C, Robinson L, MacLean SL. «Violence against nurses working in US emergency departments»⁷⁶ se proyectó sobre el personal de enfermería de las urgencias mediante una análisis retrospectivo. Aproximadamente el 25% de los encuestados informó haber experimentando violencia física en más de 20 veces en los últimos 3 años y casi el 20% informó haber padecido abusos verbales más de 200 veces durante el mismo período.

Los encuestados que experimentan violencia física reiterada o frecuentes abusos verbales indican el miedo a las represalias y la falta de apoyo de la administración del hospital y la gestión de los Departamentos de Emergencia como barreras para la notificación de los incidentes de violencia en el lugar de trabajo. Los autores concluyeron que existen una alta prevalencia de agresiones en el lugar de trabajo y que hay un potencial considerable para mitigar estos factores, mediante el compromiso de administradores de hospitales, directores de Departamentos de Emergencia y seguridad de los hospitales.

El problema también está presente en Hong Kong, tal y como refieren en su estudio Kwok RP, Law YK, LiKE, Ng YC, Cheung MH, Fung VK, Kwok KT, Tong JM, Yen PF, Leung WC⁷⁷, al menos en el Hospital Universitario de Hong Kong, participaron en el estudio todas las enfermeras que tenían contacto con los pacientes y conocían el idioma.

Contestaron 420 enfermeras (25% fue la tasa de respuesta). Trescientos veinte (76%), enfermeras registraron agresiones (abuso verbal, 73%; intimidación, 75%; agresiones físicas, el 18%, y el acoso sexual, el 12%). La mayor parte de las enfermeras (82%) que padecieron agresiones verbales, comunicaron los hechos sus amigos, familiares o colegas. Un 42% ignoró el incidente, sin llegar a comunicarlo en ningún caso. Encontraron que los factores de riesgo de violencia en el trabajo incluyen: el trabajo en los pabellones de hombres y en ciertas especialidades, como la de Accidentes y Emergencias. En-

⁷⁴ «Nurs Prax N Z. 2009 Nov; 25(3):37-50. Workplace violence experienced by registered nurses: a concept analysis. Ventura-Madangeng J, Wilson D. Emergency Department, Canterbury Hospital, NSW, Australia.

⁷⁵ J Forensic Nurs. 2010;6(1):15-28. A narrative review of the effectiveness of aggression management training programs for psychiatric hospital staff. Livingston JD, Verdun-Jones S, Brink J, Lussier P, Nicholls T. School of Criminology, Simon Fraser University, British Columbia, Canada.

⁷⁶ J Healthc Prot Manage. 2010;26(1):81-99. Violence against nurses working in US emergency departments. Gacki-Smith J, Juarez AM, Boyett L, Homeyer C, Robinson L, MacLean SL. Emergency Nurses Association, 915 Lee St., Des Plaines, IL 60016, USA. jgacki-smith@ena.org Republished from: J Nurs Adm. 2009 Jul-Aug;39(7-8):340-9.

⁷⁷ Prevalence of workplace violence against nurses in Hong Kong. Kwok RP, Law YK, LiKE, Ng YC, Cheung MH, Fung VK, Kwok KT, Tong JM, Yen PF, Leung WC. Faculty of Medicine, University of Hong Kong, Pokfulam, Hong Kong. Hong Kong Med J. 2006 Feb;12(1):4-5.

contraron que el problema de las agresiones es un grave problema.

4. Conclusiones

La violencia en el lugar de trabajo es un **fenómeno universal y emergente** que afecta especialmente a los profesionales que prestan servicios y cuidados de salud.

Afecta a todos los colectivos sanitarios, pero muy especialmente al **personal de enfermería**.

Hay informes que afirman que **España es el país en el que se produce un mayor índice de casos** de agresiones a personal sanitario, con un número muy superior al de los países del resto de Europa. No obstante lo anterior, es muy difícil comparar con exactitud la magnitud en términos de tasas de incidencia, no sólo entre los diferentes Estados en donde se ha reconocido el problema, sino también a nivel interno dentro de cada uno de los Países. Ello es debido a que, a pesar de que existe ya una extensa producción investigadora al respecto, ésta es muy heterogénea y limitada y ni siquiera **existe un concepto homogéneo de qué se entiende por violencia** en el lugar de trabajo, ni quienes son los protagonistas, activos y pasivos, de la misma. Destacándose, en otros estudios, la **subjectividad** con la que se ha tratado esta cuestión (Di Martino 2003).

Las agresiones a los profesionales sanitarios es un fenómeno **infradenunciado** y muy *escasamente notificado*. Todo apunta a que la información que generan estos episodios no suelen salir del ámbito más cercano y personal de sus protagonistas, con lo que sólo podemos intuir la enormidad de un problema que tantos costos personales, económicos y sociales genera.

Este desconocimiento conlleva muy frecuentemente a justificar, en algunos casos, los actos violentos del enfermo o acompañantes del mismo, por empleadores, la Sociedad e incluso por parte de algunos Juzgados.

Otro efecto de dicha infra-notificación e infra-denuncia es el desconocimiento general de los recursos que el personal afectado tiene a su disposición para hacer frente a una agresión, lo que supone, una infratilización de los mismos.

La violencia en el lugar de trabajo genera no sólo daños físicos y psicológicos a quienes la padecen, sino también enormes costes directos e indirectos a los empleadores e Instituciones en donde se producen y a la Sociedad en general.

Hay diferentes causas que pueden explicar la infra-notificación; desde una aceptación de la vio-

lencia como parte de la tarea hasta sutiles presiones por parte de los empleadores. También se han citado condicionantes psicológicos en forma de temor injustificado a las represalias por parte del profesional e incluso pereza por considerar la escasa trascendencia de la mera notificación.

La **percepción** y el sentimiento por parte del profesional de que es realmente **apoyado, emocional y jurídicamente**, por el empleador **es inhibitorio de los efectos devastadores**, en términos de ansiedad, estrés postraumático o burnout, que la agresión puede producir en la víctima y en su entorno.

Es imprescindible seguir investigando científicamente sobre el problema para poder contrastar estas y otras hipótesis, cuya solución permita ir acercándonos a una más eficaz lucha frente a esta emergente y devastadora *pandemia*.

5. Bibliografía

- (1) http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/interpersonal/en/WVleafletSP.pdf
- (2) «Violencia en el trabajo», Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Boletín de Salud y De seguridad de Asia y el Pacífico*, volumen 6, número1, abril de 1999
- (3) WHO Global Consultation on Violence and Health. *Violence: a public health priority*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996
- (4) http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9275324220_spa.pdf.
- (5) Press Release - A Safer Place to Work: Protecting NHS Hospital and Ambulance Staff from Violence and Aggression 27 March 2003 - A Safer Place to Work: Protecting NHS Hospital and Ambulance Staff from Violence and Aggression <http://www.nao.org.uk/news/0203/0203527.aspx>
- (6) «Violencia en el trabajo», Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Boletín de Salud y De seguridad de Asia y el Pacífico*, volumen 6, número1, abril de 1999
- (7) http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9275324220_spa.pdf
- (8) <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/05/09/madrid/1147174876.html>
- (9) http://www.elpais.com/articulo/madrid/jefes/doctora/Mingo/rechazaron/tomar/medidas/dias/asesinatos/elpepiatmad/20030415elpmad_9/Tes/
- (10) *Diario Médico*, 14/04/2010
- (11) página web del Hospital Universitario La Paz http://www.madrid.org/cs/Satellite?cid=1191579395087&language=es&pagename=HospitalLaPaz%2FPPage%2FHPAZ_contenidoFinal
- (12) Workplace violence in the health sector Joint Programme on workplace violence in the health sector Workplace violence in the health sector: State of the

- art. Cary L. Cooper University of Manchester Institute of Science and Technology United Kingdom and Naomi Swanson National Institute of Occupational Safety and Health United States World Health Organisation
- (13) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1743>
- (14) <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/vw99.pdf>
- (15) <http://www.bls.gov/iif/oshcf01.htm>
- (16) <http://www.cdc.gov/niosh/violabst.html>
- (17) <http://www.cdc.gov/niosh/violnonf.html>
- (18) Guidelines for Preventing Workplace Violence for Health Care & Social Service Workers. U.S. Department of Labor Occupational Safety and Health Administration OSHA 3148-01R 2004
- (19) DHHS (NIOSH) Núm. de Publicación 2002-101 Abril 2002
- (20) <http://www.intramed.net/>
- (21) Agresiones contra Médicos. Braga Florencia, Prats María, Luna Daniel, Melamud Ariel, Flichtentrei Daniel <http://www.intramed.net/UserFiles/pdf/36397.pdf>
- (22) Comunicado conjunto de 6 de noviembre de 2007 entre la Organización Médica Colegial (OMC) y el Foro Español de Pacientes (FEP): <http://www.universidadpacientes.org/aula-sa1/news/index.php?ficha=222>
- (23) Workplace violence in the health sector - State of the Art, ILO, WHO, ICN and PSI 2002. Cary L. Cooper y Naomi Swanson ISBN 92-2-113237-4, Workplace violence in the health sector - Country case studies (Brazil, Bulgaria, Lebanon, Portugal, South Africa, Thailand, and an additional Australian study), Synthesis report, ILO, WHO, ICN and PSI 2002. Vittorio di Martino ISBN 92-2-113441-5.
- (24) http://www.comb.cat/cat/actualitat/noticies/agressio/agressio_metges.pdf
- (25) http://www.medicosypacientes.com/noticias/2008/06/08_06_17_agresiones
- (26) <http://www.diariomedico.com/2009/03/23/area-profesional/normativa/un-sistema-registra-1669-agresiones-en-cuatro-anos>
- (27) Europa Press Barcelona - Lunes, 23 de Marzo de 2009
- (28) <http://troponina.com/?p=197>
- (29) http://www.abc.es/hemeroteca/historico-04-10-2009/abc/Catalunya/el-personal-sanitario-catalan-ha-sufrido-1200-agresiones-desde-2008_103370048010.html
- (30) http://www.cgcom.org/sites/default/files/Documento%20agresiones_0.pdf
- (31) <http://www.adn.es/local/valencia/20090615/NWS-2130-Enfermeras-Valenciana-Comunitat-agresiones-laboral.html>
- (32) Análisis médico-legal de las agresiones a profesionales sanitarios. Aproximación a una realidad silenciosa y a sus consecuencias para la salud *Begoña Martínez-Jarreta, Santiago Gascón, Miguel Ángel Santed, Jesús Goicoechea* Med Clin (Barc). 2007;128:307-10.
- (33) Análisis y registro de las agresiones en UCI.- María José Fernández Martín, María Gloria Camacho García, Clara Olmos Aullón, Samuel Ruiz García, Marta Sanjuán Navais. Enferm Intensiva. 2006; 17(2):59-66
- (34) http://www.coegi.org/fileadmin/NOTAS_DE_PRENSA/RPAgresionesSanitarios.pdf
- (35) «Violencia: una constante en el Servicio de Urgencias» AUTORES: Gil Hernández. M^a Rosario, Morales Cobo M^a Cruz, Del Rio Aragón. Paloma, Martín Durán. Ana M^a, Peñalvo Espinosa. Remedios» Revista Científica de la Sociedad española de Enfermería de Urgencias y emergencias» <http://www.enfermeriadeurgencias.com/ciber/septiembre/pagina7.html>
- (36) «SITUACIONES CONFLICTIVAS REGISTRADAS EN UN SERVICIO DE URGENCIA INFANTIL». AUTORES: Pascual Fernández, María Cristina, Jiménez Carrascosa, María Amalia. Ignacio Cerro, María del Carmen CENTRO DE TRABAJO: Urgencia Infantil. Hospital General Universitario Gregorio Marañón <http://www.enfermeriadeurgencias.com/ciber/julio2009/pagina5.html> »Revista Científica e la Sociedad Española de Enfermería de Urgencias y Emergencias»
- (37) <http://www.diarioinformacion.com/alicante/2010/02/27/agresiones-pacientes-medicos-disparan/983903.html>
- (38) <http://www.diarioelfaro.es/noticia/138319/REGION/agresiones-profesionales-sanitarios-aumentaron-16-2009.html>
- (39) <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C6D73BDC-B828-4139-AB12-72EB9EA82343/125970/030409sa00.doc>
- (40) http://www.soitu.es/soitu/2009/04/03/info/1238762458_221520.html
- (41) <http://es.globedia.com/agresiones-medicos-producen-atencion-primaria-colegio-madrid>
- (42) <http://www.diarioeavila.es/noticia.cfm/Local/20091123/avila/registro/quince/meses/19/incidentes/agresiones/sanitarios/1CE45C82-1A64-968D-59F1CC0ACA8292EF>
- (43) http://www.elpais.com/articulo/espana/SAS/regis-tra/700/agresiones/profesionales/sanitarios/2009/elpepuesp/20100217elpepunac_14/Tes
- (44) <http://www.smacor.com/Un%20estudio%20busca%20conocer%20las%20agresiones%20que%20no%20se%20reflejan%20en%20los%20tribunales.pdf>
- (45) Aggression and violence against health care workers in Germany - a cross sectional retrospective survey Franz S, Zeh A, Schablon A, Kuhnert S, Nienhaus A. BMC Health Services Research 2010, 10:51doi:10.1186/1472-6963-10-51
- (46) Fernandes CM, Bouthillette F, Raboud JM, Bullock L, Moore CF, Christenson JM, Grafstein E, Rae S, Ouellet L, Gillrie C, Way M. Departamento de me-

- dicina de emergencia, hospital de St. Paul, Vancouver, BC. cfernand@unixg.UBC.CA CMAJ. 1999 Nov 16;161(10):1245-8.
- (47) *Physiotherapy*. 2009 Sep;95(3):170-5. Epub 2009 Jul 21. Physical assault by patients against physiotherapists working in mental health settings. Stubbs B, Dickens G. St Andrews Healthcare, Billing Road, Northampton NN1 5DG, UK.
- (48) Gates D, Fitzwater E, Succop P. Reducing assaults against nursing home caregivers. *Nurs Res*. 2005;54:119-27.
- (49) *J Clin Nurs*. 2004 Jan;13(1):3-10. Aggression towards health care staff in a UK general hospital: variation among professions and departments. Winstanley S, Whittington R. Faculty of Health and Applied Social Sciences, Psychology and Speech and Language Therapy, De Montfort University, Leicester, UK.
- (50) *Occup Med (Lond)*. 2008 Mar; 58 (2): 107-14. Epub 2008 Jan 21. Riesgos de violencia en enfermería--los resultados del estudio de 'NEXT' Europeo. M Estry-Behar, van der Heijden B, Camerino D, C de Fry, Le Nezet O, Conway PM, Hasselhorn HM; el siguiente grupo de estudio. Servicio central de Médecine du Travail Hôpital Hôtel Dieu AP-HP de Paris, Paris, Francia.
- (51) *J Nurs Manag*. 2002 Jan;10(1):13-20. Who would want to be a nurse? Violence in the workplace--a factor in recruitment and retention. Jackson D, Clare J, Mannix J. School of Nursing, Family and Community Health, College of Social and Health Sciences, University of Western Sydney, Penrith South DC NSW 1797, Australia.
- (52) *Int J Nurs Stud*. 2008 Jan;45(1):35-50. Epub 2007 Mar 23. Work-related factors and violence among nursing staff in the European NEXT study: a longitudinal cohort study. Camerino D, Estry-Behar M, Conway PM, van Der Heijden BI, Hasselhorn HM. Department of Occupational Health, University of Milan, Milan, Italy.
- (53) *Nurs Leadersh (Tor Ont)*. 2003;16(4):82-98. Nurses and workplace violence: nurses' experiences of verbal and physical abuse at work. Henderson AD. School of Nursing, University of British Columbia, Vancouver.
- (54) *Scand J Caring Sci*. 2002 Dec;16(4):376-85. Threats and violence in Swedish care and welfare--magnitude of the problem and impact on municipal personnel. Menckel E, Viitasara E. National Institute for Working Life, Stockholm, Sweden.
- (55) *Int J Nurs Pract*. 2006 Aug;12(4):220-31. Workplace violence in Queensland, Australia: the results of a comparative study. Hegney D, Eley R, Plank A, Buikstra E, Parker V. Research Practice Development Centre, University of Queensland and Blue Care, Queensland, Australia.
- (56) En el marco de las denominadas 'Jornadas de Colegios de Médicos de Andalucía', que se celebró en Málaga por el Consejo Andaluz de Colegios de Médicos y a la que han asistido alrededor de unos 150 profesionales del ramo, el psiquiatra José Miguel Pena advirtió de que el incremento de las agresiones a profesionales sanitarios en el ejercicio de su profesión pueden tener un componente de género relacionado con la incorporación de la mujer al mercado laboral, ya que, según admitió, se están registrando «más casos de agresiones a mujeres médicos que a hombres
- (57) <http://es.globoedia.com/medicos-alertan-agresiones-profesionales-sanitarios-tener-componente-violencia-genero>
- (58) *Contemp Nurse* 2006 Feb-Mar;21(1):71-84. Violence against psychiatric nurses: sensitive research as science and intervention. Lanza ML, Zeiss R, Rierdan J. Nursing Service for Research, Edith Nourse Rogers Memorial Veterans Hospital, Bedford, and University of Massachusetts/Boston, Williamsburg, Massachusetts, USA.
- (59) *Can J Nurs Res*. 2001 Mar;32(4):57-78. Nurses' experience of violence in Alberta and British Columbia hospitals. Duncan SM, Hyndman K, Estabrooks CA, Hesketh K, Humphrey CK, Wong JS, Acorn S, Giovannetti P. School of Nursing, University College of the Cariboo, Kamloops, British Columbia, Canada.
- (60) *Accid Emerg Nurs*. 2006 Oct;14(4):245-9. Epub 2006 Oct 24. An epidemic of abuse and violence: nurse on the front line. Chapman R, Styles I. Curtin University of Technology, GPO Box U1987, Perth, WA 6845, Australia.
- (61) *Nurs Leadersh (Tor Ont)*. 2003;16(4):82-98. Nurses and workplace violence: nurses' experiences of verbal and physical abuse at work. Henderson AD. School of Nursing, University of British Columbia, Vancouver.
- (62) *Accid Emerg Nurs*. 1999 Jan;7(1):8-12. Violence and aggression in A & E: recommendations for action. Saines JC. Accident and Emergency Department, Wycombe Hospital, UK.
- (63) *J Psychiatr Ment Health Nurs*. 1999 Apr;6(2):107-14. An exploratory account of registered nurses' experience of patient aggression in both mental health and general nursing settings. Duxbury J. Health Studies Department, Bolton Institute, Deane.
- (64) Agresion and violence against staff of ambulance services A Auer from 30th International Symposium on Intensive Care and Emergency Medicine Brussels, Belgium. 9-12 March 2010 Critical Care 2010, 14(Suppl 1):P280doi:10.1186/cc8512
- (65) «Violence in the Workplace» Authors: HEWITT, JEANNE B.1; LEVIN, PAMELA F.2 Source: Annual Review of Nursing Research, Volume 15, Number 1, 1997, pp. 81-99(19)
- (66) «A labor perspective of workplace violence prevention Identifying research needs» *American Journal of Preventive Medicine*, Volume 20, Issue 2, Pages 161-168 (febrero 2001) J. Rosen. SCHOOL OF NURSING UNIVERSITY OF WISCONSIN—

- MILWAUKEE 2: COLLEGE OF NURSING UNIVERSITY OF ILLINOIS AT CHICAGO <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0749379700002932>
- (67) "Workplace violence in the hospital psychiatric setting. An occupational health perspective» American Association of Occupational Health Nurses Journal (AAOHN J.) 1996 Dec;44(12):575-80. Hansen B. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9043223>
- (68) Violencia en el medio hospitalario por pacientes con enfermedad mental María Villar Doncel, Jesús María Aranaz Archivos de prevención de riesgos laborales, ISSN 1138-9672, Vol. 9, Nº. 1, 2006, pags. 20-27
- (69) "Workplace violence and workplace aggression: Evidence on their relative frequency and potential causes» Robert A. Baron (Department of MP&O, Rensselaer Polytechnic Institute, Troy, New York), Joel H. Neuman (Department of Business Administration, State University of New York at New Paltz, New Paltz, New York) <http://www3.interscience.wiley.com/journal/64146/abstract>
- (70) The impact of workplace violence on nurses in South Taiwan Yu-Hua Y.-H. Lin, Hsueh-Erh H.-E. Liu International Journal of Nursing Studies - September 2005 (Vol. 42, Issue 7, Pages 773-778, DOI: 10.1016/j.ijnurstu.2004.11.010)
- (71) Cheryl Anderson and Melinda Parish Report of Workplace Violence by Hispanic Nurses J Transcult Nurs, Jul 2003; 14: 237 - 243.
- (72) Factors associated with workplace violence in paramedics. Koritsas S, Boyle M, Coles J Centre for Development Disability Health Victoria, Monash University, Melbourne, Australia. stella.koritsas@med.monash.edu.au
- (73) Issues Ment Health Nurs. 2010 Feb;31(2):89-95. Violence against women: the phenomenon of workplace violence against nurses. Child RJ, Menten JC. University of California-Los Angeles, School of Nursing, 700 Tiverton Ave., Factor Building, Los Angeles, CA 90095, USA.
- (74) Nurs Pract N Z. 2009 Nov;25(3):37-50. Workplace violence experienced by registered nurses: a concept analysis. Ventura-Madangeng J, Wilson D. Emergency Department, Canterbury Hospital, NSW, Australia.
- (75) J Forensic Nurs. 2010;6(1):15-28. A narrative review of the effectiveness of aggression management training programs for psychiatric hospital staff. Livingston JD, Verdun-Jones S, Brink J, Lussier P, Nicholls T. School of Criminology, Simon Fraser University, British Columbia, Canada.
- (76) J Healthc Prot Manage. 2010;26(1):81-99. Violence against nurses working in US emergency departments. Gacki-Smith J, Juarez AM, Boyett L, Homeyer C, Robinson L, MacLean SL. Emergency Nurses Association, 915 Lee St., Des Plaines, IL 60016, USA. jgacki-smith@ena.org Republished from: J Nurs Adm. 2009 Jul-Aug;39(7-8):340-9.
- (77) Prevalence of workplace violence against nurses in Hong Kong. Kwok RP, Law YK, Li KE, Ng YC, Cheung MH, Fung VK, Kwok KT, Tong JM, Yen PF, Leung WC. Faculty of Medicine, University of Hong Kong, Pokfulam, Hong Kong. Hong Kong Med J. 2006 Feb;12(1):4-5.

Análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativas a responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (2000-2009)

*Camino Enríquez
Gabeiras*

1. Introducción y Justificación
2. La Responsabilidad Patrimonial en Asistencia Sanitaria
 - 2.1. Antecedentes y Concepto
 - 2.2. Legislación aplicable
 - 2.3. Jurisdicción competente
 - 2.4. Notas Fundamentales del régimen jurídico y presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español
 - 2.5. La Acción de responsabilidad: Proceso administrativo de tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial
 - 2.6. Especial consideración del Concepto Lex Artis en las demandas de indemnización por RP en la Administración Sanitaria
3. Análisis Jurisprudencial del las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativas a Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria
 - 3.1. Búsqueda de Sentencias
 - 3.2. Método Diseño de Base de datos
 - 3.3. El proceso contencioso administrativo y estructura de las sentencias
 - 3.4. Doctrina de las sentencias
4. Resultados del análisis estadístico de las sentencias
 - 4.1. Nº de Sentencias por año
 - 4.2. Nº de Sentencias por sentido del fallo
 - 4.3. Nº de Sentencias por sentido del fallo por años
 - 4.4. Tablas de importes estimados por años
 - 4.5. Análisis por el tipo de Atención
 - 4.6. Magistrados ponentes
 - 4.7. Nº de sentencias clasificadas por centros asistenciales
 - 4.8. Nº de sentencias clasificadas por especialidades médicas
 - 4.9. Clasificación por Secciones
 - 4.10. Otros datos
5. Conclusiones
6. Bibliografía
7. Referencias legislativas y abreviaturas

1. Introducción y justificación

Entre las definiciones sobre el término responsabilidad que aparecen en el diccionario de la Real Academia Española encontramos «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, la consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal».

No causar daño a otros es una de las tres reglas de la ley descrita por el Jurista romano Ulpiano: «*La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho propio. Las normas del derecho son estas: vivir honestamente, no causar daño a la otros, dar a cada uno lo suyo*». En este sentido, cuando hablamos de responsabilidad en el ámbito sanitario estamos hablando de la obligación de reparar las consecuencias de los actos fallidos o errores cometidos en el ejercicio de la profesión médica.

La regulación de la materia de responsabilidad extracontractual o patrimonial de la administración, ha evolucionado desde el principio de la irresponsabilidad del Estado (soberanía absoluta) y después de la responsabilidad civil basado en la culpa o negligencia hasta culminar en el sistema actual de responsabilidad objetiva y directa ajeno a la regulación de la legislación civil, siendo el régimen jurídico más protector del entorno europeo.

Vamos a observar en este estudio, como se refleja el aumento de litigiosidad en el ámbito sanitario, producido por diversos factores (cambios en el perfil de los pacientes, más exigencia y papel más activo de los usuarios, influencia de los avances tecnológicos y cambio de expectativas respecto a la salud...) todo ello como consecuencia de un cambio de modelo en la relación médico paciente, pasando del modelo paternalista (principio de beneficencia) al modelo actual (principio de autonomía). Estos cambios que se reflejan en todos los ámbitos de la sociedad son especialmente significativos en la sanidad.

Este aumento de reclamaciones se puede observar también en los Servicios de Atención al Paciente de las Instituciones y en el Defensor del paciente de la Comunidad de Madrid, observándose también un aumento de las denuncias dirigidas a los profesionales sanitarios en la jurisdicción penal. Otras causas que se apuntan que pueden haber influido en la situación actual son debidas al poder de los medios de comunicación y a la publicidad que se le ha dado a algunas sentencias.

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado la regulación contenida en la Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal sobre acceso a los datos personales y la regulación del derecho de acceso a la Historia Clínica que recoge la Ley

41/2002 de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Art.18), al permitir que en cualquier momento el paciente o el familiar por representación tengan derecho a obtener una copia íntegra de la historia clínica completa.

Como ya se ha desarrollado en numerosos artículos, el aumento de la judicialización de la medicina nos lleva inexorablemente al incremento de la medicina defensiva, con las consecuencias que conlleva: retraso en los tratamientos y encarecimiento de la asistencia.

El objeto de este trabajo es obtener una visión en conjunto de la institución de la Responsabilidad Patrimonial, a través de sus presupuestos, no excesivamente jurídico y doctrinal sino práctico. Para ello se desarrolla en la primera parte en qué consiste la institución de la RP, sus notas configuradoras y los requisitos que se exigen en la ley. En la segunda parte se observa en la práctica como se ha ido desarrollando esta institución en el ámbito de la asistencia sanitaria y en la Comunidad de Madrid analizando los resultados obtenidos en la estadística realizada tras analizar las Sentencias relativas a la Responsabilidad Patrimonial derivada de asistencia sanitaria en la Administración Sanitaria del Comunidad de Madrid cuya competencia tiene atribuida las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en general, aquellos recursos cuya cuantía solicitada excede los 30.050€.), que aparecen en la Base de datos Aranzadi-Westlaw desde el año 2000.

Si bien las transferencias sanitarias tuvieron lugar el 1 de enero de 2002, aparecen algunas sentencias anteriormente a esa fecha pues algunas competencias sanitarias se ejercían por el Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid. En los primeros años del estudio se enjuician casos originados cuando la competencia sobre asistencia sanitaria era ejercida por el Estado como una prestación de la Seguridad Social, que corresponden al Tribunal Superior de Justicia al no haberse dictado resolución sobre la reclamación con anterioridad al 1 de enero de 2002.

2. La Responsabilidad Patrimonial en Asistencia Sanitaria

2.1. Antecedentes y Concepto

Hablar de responsabilidad de la Administración, puede llevarnos a tratar dos temas diferentes: La responsabilidad **contractual** de la Administración,

derivada de su intervención en todo tipo de contratos (de Derecho Público o de Derecho Privado) y la responsabilidad **extracontractual** de la Administración, por los daños y perjuicios que su actividad pueda causar en los bienes o derechos de los particulares. Esta Responsabilidad extracontractual es equivalente a la responsabilidad civil de la administración.

La actividad de la Administración en general supone una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, especialmente en sanidad, ámbito en el que cada día se producen miles de actos médicos.

Para llegar a la situación actual de consagración del principio de responsabilidad patrimonial y su desarrollo reglamentario hemos recorrido un largo camino desde el principio de irresponsabilidad del Estado hasta la introducción en nuestro derecho del principio general de responsabilidad por la **Ley de Expropiación Forzosa** de 16 de diciembre de 1954 (Art. 121), así como en el artículo 40 de la anterior Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957.

El Art. 106 de la Constitución Española dentro del Título IV sobre el Gobierno y la Administración consagra el derecho de los particulares a una indemnización en el caso de lesiones en bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Este principio ha sido luego desarrollado por la Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRAPAC) y definido en su Art. 139. 1 según el cual: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

2.2. Legislación Aplicable

Partiendo del artículo 9.3 de la Constitución Española que consagra el sometimiento de la actuación administrativa al principio de legalidad (*La Constitución garantiza el principio de legalidad, [...] la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*), se consagra la institución de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas en el **artículo 106.2 de la Constitución Española** según el cual: *Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus*

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la **Ley 4/1999 de 13 de enero**, desarrolla en su Título X el Sistema de Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. En la exposición de motivos refiriéndose al Título X, declara que el Sistema de responsabilidad de las administraciones, constituye, junto al principio de legalidad uno de los grandes soportes del sistema de derecho administrativo español.

El **Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo**, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial desarrolla la anterior citada Ley. Tal como se refleja en la exposición de motivos de esta reglamento se recogen en la legislación los elementos tradicionales de nuestro Derecho, como son la exclusión de los supuestos de fuerza mayor y la no existencia de responsabilidad cuando existe un deber jurídico de soportar el daño causado y respecto al reconocimiento de esa responsabilidad, la concurrencia inequívoca de los presupuestos de imputación a la Administración, relación de causa a efecto entre el hecho causante y el daño producido, lesión resarcible y efectividad y cuantía del daño, también indiscutible. Estos elementos se estudiarán más tarde al desarrollar los presupuestos o requisitos que debe presentar un hecho para ser susceptible de ser indemnizado.

2.3. Jurisdicción Competente

Hasta la regulación actual han existido numerosos conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones para determinar la competencia del enjuiciamiento de los casos de responsabilidad por la asistencia en los centros sanitarios públicos. En los años 90 se daba el conflicto entre los órdenes jurisdiccionales Social (toda vez que la asistencia sanitaria entonces era una de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social) y Contencioso-administrativo. La 4/1999 es su disposición adicional duodécima intentó zanjar la cuestión estableciendo que : *«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los da-*

ños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Posteriormente se planteó el conflicto entre el orden Contencioso-Administrativo y el Civil, en las demandas en las que la Administración tuviera contratado un seguro de responsabilidad civil. Con el objetivo de unificar la jurisdicción se reformó la Ley Orgánica del Poder judicial, Art. 9.4 párrafo 2 por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre: «*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.*

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

Por la misma Ley 19/2003 se reformó la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (párrafo e del artículo 2) declarándose que los tribunales del orden contencioso administrativo conocerán sobre: «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*

Actualmente aunque la polémica sobre el orden jurisdiccional parecía haber concluido se debate doctrinalmente la posibilidad de demandar directamente a la Compañía aseguradora (persona jurídica privada) contratada por la Administración en virtud del artículo 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, ya que no se había planteado anteriormente, pero existe la posibilidad de que el perjudicado demande únicamente a la aseguradora, entendiendo la doctrina que en este caso la competencia la tendría atribuida el orden civil, evitándose así la necesidad de reclamación administrativa previa, así como acortar los plazos para la obtención de la indemnización o evitar una determinada línea jurisprudencial consolidada, además de considerarse que

si se reclama contra la aseguradora se podrían solicitar los intereses que establece el Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro (se aumentaría considerablemente la indemnización).

2.4. Notas fundamentales del régimen jurídico y presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español

La doctrina señala los siguientes elementos como configuradores de la institución de la RP:

- **Unitaria**, que rige para todas las Administraciones, El Art. 149.1.18 de la C.E. atribuye al Estado la **competencia exclusiva** sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.
- **General** pues abarca toda la actividad por acción u omisión derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si se desarrollan por las mismas administraciones o a través de conciertos o concesiones.
- **De responsabilidad directa**. Así se dispone en el 145.1 1 de la Ley 30/1992. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere dicha ley, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, puesto que la Administración responde directamente., sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubiesen incurrido en dolo, culpa o negligencia grave. (Art. 145.1 Ley 30/1992).
- **Objetiva**, por funcionamiento normal o anormal pues prescinde de la idea de culpa por lo que la causalidad es el pilar fundamental del sistema. Se requiere que el daño sea la materialización de un riesgo creado por el servicio público. El elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido aunque cuando hablamos del servicio sanitario **el empleo de una técnica correcta** es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad. Sólo se excluyen expresamente los casos de fuerza mayor es decir, los sucesos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio.

- Pretende obtener una **reparación integral de la lesión** (daños patrimoniales, personales y morales). El fundamento del sistema es la protección y garantía del patrimonio de la víctima.

Para que exista responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, es preciso:

- **Lesión patrimonial** equivalente a daño o perjuicio. Ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura. La lesión producida por la asistencia sanitaria ha tenido consecuencias sobre el patrimonio del paciente.
- Que se aprecie una **relación de causalidad** entre la acción/omisión, y el resultado lesivo. En el ámbito sanitario la acción u omisión puede consistir en un error o retraso en el diagnóstico, negligencia o no sujeción del acto médico a la *lex artis*, ausencia o incompleta información al paciente (consentimiento informado). Este nexo o relación causal lo expresa la ley diciendo que la lesión debe ser «consecuencia» del funcionamiento normal o anormal del servicio público (Art. 139.1 de la LRJPAC).
- Que el daño sea **antijurídico** o lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber de soportarlo. Para que exista lesión no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico. El Art 141 de la LRJAP lo ha precisado expresamente: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley*». Es decir no debe de existir causas de justificación que sean capaces de legitimar el perjuicio material (por ejemplo asumir los riesgos inherentes a una intervención quirúrgica previo consentimiento informado).
- Que el daño sea **indemnizable**: efectivo, evaluable, individualizable en relación a una persona o grupo de personas. La referencia constitucional y legal a «cualquiera de sus bienes o derechos» posibilita el resarcimiento de **todo tipo de daños**, tanto materiales como personales e incluso, los propios daños morales.

2.5. La Acción De Responsabilidad –Proceso Administrativo de Tramitación de los Expedientes de Responsabilidad Patrimonial

El proceso administrativo de los expedientes de responsabilidad patrimonial se encentra regulado en los Art. 142 y 143 de la LRJPAC, desarrollándose

en el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Es imprescindible que de acuerdo con los requisitos o presupuestos de la existencia de RP, **toda reclamación administrativa debe contemplar**: las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y dichas lesiones, la evaluación económica y el momento en que dichas lesiones se produjeron.

El Proceso administrativo de Tramitación de los expedientes de Responsabilidad Patrimonial, cuya última fase tras su desestimación abre la vía jurisdiccional tiene las siguientes fases:

- **Primera Fase: Iniciación:** Acuerdo de Inicio, con remisión a Correduría/Aseguradora, Centros Implicados, Interesados e Inspección Médica. En esta primera fase se pueden dar acuerdos sobre Proposición de prueba, Suspensión (si existe procedimiento penal), o subsanación, incompetencia o inadmisión.
- **Segunda Fase: Instrucción:** Aportación de documentación por los centros implicados, Inspección Médica u otras unidades. El Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud, respecto a la instrucción de los expedientes de RP establece que el titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, en su relación con el Consejo de Administración, deberá ordenar la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial, formular y elevar las propuestas de resolución al Consejero de Sanidad. (Art.23.2 i).
- **Tercera Fase: Análisis con la Compañía de Seguros** (Comunicación, cobertura y estudio). Tras esta reunión se puede dar una postura estimatoria o desestimatoria sobre la continuación del procedimiento.
- **Cuarta Fase: Continuación del Procedimiento:** Comunicación a las partes y trámite de audiencia, alegaciones y propuesta de resolución. Se solicita dictamen al Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad. Si es desfavorable se ejecutan las acciones en él indicadas y si es favorable se envía a la Consejería para obtener el dictamen del órgano consultivo. En la Comunidad de Madrid informarán los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en plazo de 2 meses, que se reducen a 15 días en caso de urgencia, cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 6000 € y no exceda de 150.000 (informe preceptivo no vinculante). La Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consul-

tivo de la Comunidad de Madrid, en su artículo 13 b) 1º, prevé el informe de este órgano en estas reclamaciones, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada.

- **Quinta Fase: Resolución** del procedimiento a través de una Orden del Consejero de Sanidad. Si se estima se da cuanta al seguro para su ejecución (o se paga por la Administración en el caso de exclusión de la cobertura de la póliza). La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, establece en su Capítulo III, Sección 1ª, dedicada al Régimen Jurídico de los Actos de la Comunidad (Art.55.2) que será competente para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial el Consejero respectivo y en el caso de los Organismos Autónomos o Entes de Derecho Público (SERMAS) será competente el titular de la Consejería a la que estuvieran adscritos, salvo que su Ley de creación disponga otra cosa. La Orden 387/2008, de 13 de junio, de la Consejería de Sanidad, mediante la que se delega el ejercicio de determinadas competencias delega en el titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria: «La resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Consejería de Sanidad, cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, dicha competencia corresponda al Consejero de Sanidad» (Punto segundo b).

El plazo para ejercitar la acción y dirigir a la Administración la reclamación correspondiente es de **un año**, desde la fecha en que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, configurándose este plazo como de prescripción (se permite la interrupción del mismo).

La resolución administrativa que debe dictarse en los seis meses siguientes al inicio del procedimiento, pone fin a la vía administrativa, es decir que ante la misma sólo cabe el recurso de reposición (que es potestativo o voluntario, no es requisito para acudir a los tribunales. La vía jurisdiccional Contenciosa- Administrativa (y sólo ella, con las salvedades expuestas en el punto sobre la jurisdicción competente) se encuentra abierta desde la fecha de Resolución, debiendo interponerse el recurso correspondiente a los dos meses de la misma (si la Resolución ha sido expresa) o a los seis meses en caso de resolución presunta en virtud de silencio administrativo. (Art 46 de la LJCA)

Como ya hemos expuesto el órgano jurisdiccional competente para resolver en los recursos sobre RP son los Juzgados de lo Contencioso cuando la cuantía reclamada alcanza hasta los 30.050 € y Tribunal Superior de Justicia desde 30.050€.

Para hacernos una idea sobre el número de reclamaciones administrativas que se plantean podemos aportar el dato que se recoge en la Tesis realizada por Begoña Arquillo Colet sobre Seguro y Responsabilidad Patrimonial de la Administración (Barcelona.2006) Según un estudio que se publicó en Dia-

GRÁFICO

Tramitación administrativa de los expedientes de responsabilidad patrimonial. Rd 493/1993



rio Médico sobre los expedientes tramitados por el antiguo INSALUD en el periodo 1995-2000, sólo un 35% de las reclamaciones presentadas en vía administrativa presentaban posteriormente una demanda judicial.

2.6. Especial consideración del Concepto Lex Artis en las demandas de indemnización por RP en la Administración Sanitaria

Hemos señalado que la responsabilidad patrimonial es objetiva, sin embargo la jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de lex artis en orden a limitar los efectos de la estricta aplicación de dicho concepto, pues la administración no debe considerarse tampoco «aseguradora universal» de todas las posibles contingencias. Conectando el concepto de lex artis, fundamental en responsabilidad sanitaria, con los presupuestos que se han expuesto anteriormente, vemos a través de lo dispuesto en varias sentencias, cómo debe de entenderse:

- *«En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría a la responsabilidad objetiva más allá de lo límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta independientemente del resultado producido....sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración... en caso contrario, dichos perjuicios deberían ser soportados por el perjudicado».* Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 23-7-1999.
- *«... Desarrollada la atención sanitaria con corrección desde el punto de vista técnico científico lo que no es exigible es la curación en todo caso ni que esta se produzca sin secuelas de ningún tipo. Prestada la asistencia sanitaria con arreglo ala regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas»* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de abril de 2002.
- *«El principio de eficacia referido [...] impone a la Administración una obligación de medios, consistente en la adopción de todas las medidas pertinentes y al alcance de la ciencia médica y del siste-*

ma sanitario, y no de resultados, y no puede ser de otro modo, porque la salud y la vida no pueden garantizarse por la administración ni por nadie. Lo único que cabe exigir es la aportación de los medios materiales y la diligencia profesional tendentes a salvaguardar aquellos bienes esenciales. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 20 de abril de 1992.

- *«Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano».* STC TSJM 738/2008 de 25 de abril de 2008.

En definitiva la LEX ARTIS supone:

1. Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.
2. Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.
3. Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndole de los riesgos de abandono del tratamiento.

3. Análisis Jurisprudencial del las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativas a Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria

En enero de 2002 se produjeron las últimas transferencias sanitarias del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) a las 10 últimas Comunidades Autónomas (CCAA) cuya asistencia sanitaria pública tenía asignada (Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia). En cuanto el INSALUD era una entidad jurídica pública con competencia estatal, la competencia para el enjuiciamiento de las demandas de responsabilidad patrimonial se encontraba atribuida a la Audiencia Nacional, Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo pues según el artículo 66 de la LOPJ: «La sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá «En única instan-

cia, de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos de los ministros y secretarios de Estado que la ley no atribuya a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo».

En base al reparto competencial establecido constitucionalmente y toda vez que en el marco de la legislación básica del Estado, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria, la ejecución en materia de sanidad e higiene, y la gestión de la asistencia sanitaria, mediante Real Decreto 1479/2001 de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, quedan traspasados a la Comunidad de Madrid, las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones, el personal y los créditos presupuestarios adscritos a los mismos.

En virtud de lo anterior, la competencia para enjuiciar los recursos sobre RP en la Comunidad de Madrid corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid según se dispone en los artículos 10.1 J y 9 c de la LJCA que vienen a establecer que el conocimiento de este tipo de asuntos (*cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional*) corresponde a la sala de lo Contencioso administrativo del los TSJ.

La actividad administrativa que puede ser impugnabile (Art 25 a 30 de la LJCA) comprende tanto los actos expresos (Resolución de carácter escrito que concreta la voluntad del órgano) como los presuntos (surgen de la aplicación del concepto «silencio administrativo» que supone que la no resolución tras el transcurso de un plazo tiene los efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso jurisdiccional- Art. 43.3 LR-JPAC)

Los Juzgados de lo Contencioso Administrativo según el artículo 8 de la LJCA conocerán, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.

Por lo expuesto anteriormente las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia tienen asignada la competencia sobre los recursos de responsabilidad patrimonial cuya cuantía excede de 30.050 €.

Hasta el 30 de diciembre del 2009 tenían asignada la competencia en cuanto al enjuiciamiento

de la Responsabilidad Patrimonial en el Tribunal Superior de Justicia las **Salas octava y novena** de dicho Tribunal. Por acuerdo de 22 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativo a la modificación de las normas entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, correspondiente a partir de la referida fecha dicho enjuiciamiento a la Sección Décima del Tribunal Superior de Justicia.

3.1. Búsqueda de Sentencias

En las bases de datos de jurisprudencia no se publican la totalidad de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia sino una selección. Por ello se estudia en primer lugar qué base de datos debemos utilizar, de las que se encuentran disponibles en la Universidad Europea de Madrid, que son Aranzadi (Westlaw) y Tirant Lo Blanc.

Utilizando distintos criterios de búsqueda, los ítems que comprenden mayor número de sentencias son «responsabilidad patrimonial asistencia sanitaria» aplicando el filtro de Tribunal Superior de Justicia y Jurisdicción Contencioso Administrativa. Elijo Westlaw porque me resulta más manejable y porque en los primeros años (hasta el 2006) se publica un número mayor de sentencias. En los años sucesivos se publican más sentencias en la base Tirant lo Blanc (698). Hasta febrero de 2009 se han publicado 609 sentencias, aunque hay que tener en cuenta que las últimas sentencias del 2009 que se publican son del mes de noviembre de 2009, lo que deberá tenerse en consideración en las conclusiones, es decir que faltan en el estudio las sentencias de diciembre de 2009.

Por otra parte hay que tener en cuenta también que de las sentencias obtenidas no todas corresponderán al tema estudiado, pues se deben excluir las que correspondan a daños materiales objeto de reclamación ocurridos en instalaciones sanitarias, que no son objeto de este estudio, así como las sentencias por asistencias de Hospitales Públicos que actúan como colaboradoras en Mutuas de Accidentes, ya que la parte demandada serán las referidas Mutuas (Colaboradoras del Instituto Nacional de la Seguridad Social) y no la Comunidad de Madrid. Teniendo lo anterior en cuenta restan para elaborar el estudio 564 sentencias referidas a RP de la Administración Pública Sanitaria en la Comunidad de Madrid.

Resultan muy interesantes algunos datos previos del territorio INSALUD, extraídos del artículo «La opinión y la jurisdicción en la gestión de riesgos sanitarios: algunos aspectos a considerar» realizado por el Inspector Médico Francisco José Martínez López en el año 2004. Este autor analiza los datos de la base diseñada para la gestión de las pólizas suscritas por el INSALUD entre los años 1995 y 1999, analizando las sentencias recaídas sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Audiencia Nacional dictadas y recibidas hasta el 31 de marzo de 2003. En este caso se analizan todas las sentencias existentes que ha recibido el INSALUD y no sólo una selección.

El total de sentencias estudiadas fue 364, de las cuales 27 son estimatorias en su totalidad (7,41%), 165 estimatorias parcialmente (45,32 %) y 172 desestimatorias (47,25 %). Lo que significa que el 52,73 % de las Sentencias han sido estimadas, lo que comparado con los resultados que se exponen e a continuación, reafirma la tendencia a la baja del sentido estimatorio del fallo.

Asimismo este autor analiza los resultados comparando la gestión administrativa con las de la judicial. En los datos del periodo INSALUD la suma del tiempo de resolución del expediente administrativo (8 meses) con el periodo de tiempo de resolver el procedimiento judicial (21 meses) es inferior a la media obtenida en nuestra base de datos que da como resultado que desde el año 2005 se da una media de 52 meses entre la presentación de la reclamación administrativa y el dictado de la Sentencia Judicial.

Basándonos en lo expuesto anteriormente, y con objeto de hacernos una idea sobre la fase previa a las transferencias de todas las sentencias del INSALUD referidas a la Comunidad de Madrid y publicadas en la base de datos Aranzadi- Westlaw, resulta que de 148 sentencias de la Audiencia Nacional referidas a responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria publicadas corresponden en total 21 a la Comunidad de Madrid. Sentencias de la Audiencia Nacional. Sección Cuarta con los ítems: responsabilidad patrimonial asistencia sanitaria, INSALUD, Sala cuarta de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional:

3.2. Método – Diseño de base de Datos

Para analizar las sentencias seleccionadas se ha realizado una base de datos en la hoja de Cálculo Excel (Microsoft Office) con los siguientes campos:

- Nº Autonumérico.
- Referencia Sentencia.
- Fecha.
- Nº Recurso.
- Sección Sala de lo Contencioso (octava, novena).
- Magistrado Ponente.
- Partes: CAM, Seguros, Otras Entidades.
- Demandante.
- Perjudicado.
- Centro Asistencial.
- Servicio Implicado.
- Resumen Caso.
- Categoría. (negligencia/Consentimiento Informado, infecciones nosocomiales, etc...).
- Fallecimiento (sí/no).
- Sentido del fallo (Estima/Desestima/Estima parcialmente, Inadmisión).
- Cuantía reclamada.
- Cuantía estimada.
- Penal (SI/NO).
- Observaciones

3.3. El Procedimiento Contencioso Administrativo y estructura de la sentencias

El Procedimiento Contencioso Administrativo se establece en el Título IV de la LJCA. El resumen de las fases del mismo es el siguiente:

- Interposición del recurso y reclamación del expediente a la Administración.
- Emplazamiento a los demandados y admisión del recurso.
- Demanda y Contestación.
- Alegaciones previas y prueba.
- Vista y Conclusiones.
- Sentencia. Todas las Sentencias tienen la misma estructura:

TABLA

Año	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	2000	
INSALUD	1	5	3	5	4	21	43	32	28	6	148
CAM	1	2	0	2	0	3	11	2	0	0	21

- **Datos de referencia:** Sección, Fecha, número, Miembros de la Sala y Presidencia.
- **Antecedentes:** Referencia del Recurso y Acto administrativo recurrido. Partes y Cuantía.
- **Antecedentes de Hecho:** Referencia a los trámites procesales: Demanda y Contestación. Prueba y traslado a las partes. Escrito de conclusiones. Magistrado ponente.
- **Fundamentos de Derecho:** Alegaciones de las partes. Hechos. Presupuestos de la Responsabilidad Patrimonial.
 1. El funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Imputable a la administración pública. Exclusión de la fuerza mayor.
 2. El nexo causal (directo, inmediato y exclusivo).
 3. La lesión en bienes o derechos (antijurídica).
 4. Elementos del daño: efectivo, evaluable económicamente e individualizado.
- Fondo del asunto: concurren o no los presupuestos de la RP expuestos. A través de los Informes presentes en el expediente administrativo se analiza si existe relación de causalidad entre la lesión y la asistencia, y si la misma se ha realizado de acuerdo con los parámetros expuestos de la Lex Artis.
- **Fallo, Recursos y Publicación.**

En el ámbito de los litigios derivados de la prestación de asistencia sanitaria por parte de los Servicios Públicos de Salud, la **prueba pericial** adquiere especial importancia, dado el nivel de complejidad que ha adquirido la medicina actual.

En general, las leyes contemplan que cuando sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos, se puede utilizar como medio de prueba, la prueba de peritos. Según se dispone en el artículo 348 de la ley de Enjuiciamiento Civil sobre la Valoración del dictamen pericial: «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la SANA CRÍTICA». De los dictámenes que obren en la causa, el Juez se inclinará por aquel que le merezca mayor fiabilidad y credibilidad. Esta garantía, en principio, la examinará el juzgador según la capacidad de conocimientos del perito y según los criterios objetivos de la pericia.

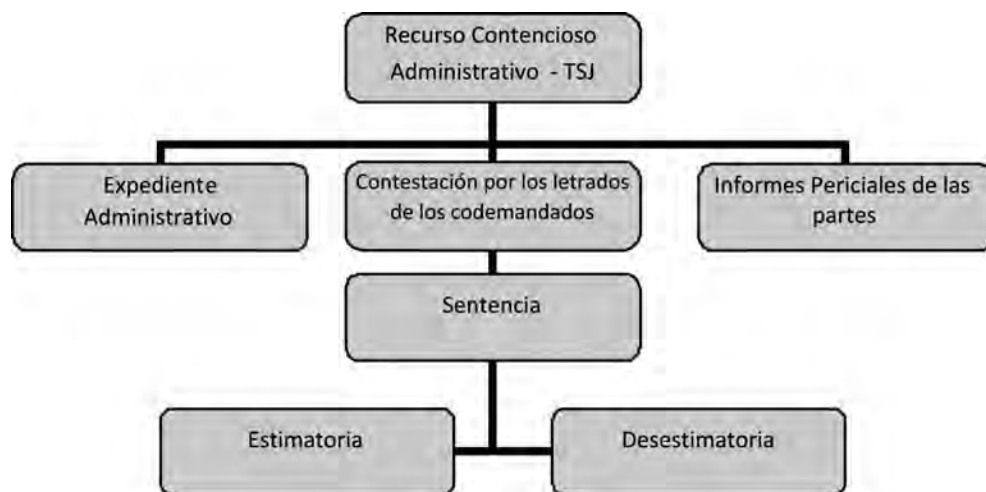
En las sentencias examinadas del Tribunal Superior de Justicia, los magistrados examinan los informes aportados por las partes (CAM y Compañía aseguradora en su caso), el Informe del Inspector Médico que forma parte del expediente administrativo, así como el informe pericial que se haya dictado en el curso de las iniciales diligencias penales (en el caso de que estas existieran), así como puede solicitar el Tribunal los informes que se estime oportuno.

3.4. Doctrina de las Sentencias

Se detallan a continuación algunos criterios importantes extraídos de Sentencias del Tribunal Superior

GRÁFICO

Esquema del contenido de las sentencias



de Justicia, muchas de ellas extraen a su vez los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Determinación de competencias en el enjuiciamiento de los recursos Contenciosos referidos a RP de la Administración Sanitaria tras el proceso transferencial (1 de enero de 2002)

STC TSJM 97/2006:

Como cuestión previa el Letrado de la Comunidad de Madrid alega la falta de legitimación pasiva. La reclamación patrimonial se basa en una actuación médica prestada en el Hospital Universitario de La Paz cuando el mismo era gestionado por la Seguridad Social por ello la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva.

El Real Decreto 1.479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud viene a establecer la transferencia a esta Comunidad Autónoma con efectos de 1 de enero de 2002 de los servicios y funciones hasta entonces gestionados por aquel Ente Gestor refiriéndose al conjunto de todos los bienes, derechos y obligaciones destinados al correcto funcionamiento de las funciones y servicios objeto de transferencia - Acuerdo de la Comisión Mixta-, lo que, por ende, comprende no sólo la parte activa del patrimonio traspasado, es decir, bienes y derechos, sino también la pasiva, esto es, las obligaciones adquiridas con independencia de su fecha de constitución. Se trata de una sucesión patrimonial como forma de afrontar las obligaciones relativas, incluso, a hechos anteriores a la efectividad del traspaso, por ello debe entenderse que acordada la integración en el patrimonio del nuevo Organismo encargado de la gestión de la prestación de asistencia sanitaria en esta Comunidad Autónoma de los derechos y recursos exigibles con posterioridad a 31 de diciembre de 2001, al poder estar los mismos relacionados con hechos anteriores a la expresada data debe de soportar la responsabilidad frente a posibles deudas de la entidad cedente una vez producido el traspaso de funciones y servicios.

*«Esta Sala, en numerosas sentencias [...], ha examinado cuestiones de competencia referidas, a expedientes de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria prestada a beneficiarios de la Seguridad Social. En las referidas Sentencias se ponía de relieve el contenido del artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico y se indicaba que la expresión «resolución definitiva» a la que se refiere el expresado artículo hay que identificarla con la **resolución expresa a dictar en el expediente administrativo** de que se trate.*

*También hay que decir que la argumentación contenida en las indicadas sentencias se refería a supuestos en los que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias a una Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, hubiera podido producirse el juego del **silencio administrativo negativo** por haberse presentado la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial seis meses antes (Art. 13.3 del Real Decreto 429/93) del mencionado traspaso, **resolviéndose en los indicados supuestos la cuestión de competencia planteada en favor del correspondiente Tribunal Superior de Justicia al no haberse dictado, en la fecha de la transferencia del servicio correspondiente, la resolución definitiva del expediente»***

Interrupción de la prescripción por proceso penal previo

Sentencia TSJM 948/2008 de 1 de julio de 2008:

*La vigente redacción del artículo 121 del Código Penal («El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria (...))», **proclama sin ambages la responsabilidad subsidiaria de la Administración**, separándose del Proyecto de 1992 que presumiblemente tuvo en cuenta la Ley 30/1992, y **establece una clara vinculación con la responsabilidad patrimonial de la misma**. Por ello parece imponerse la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil, subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal».*

Por último, la Ley 4/1999 ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1992 suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal. El precepto controvertido ha quedado redactado así: «La exigencia de responsabilidad

penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

Falta de Resolución Expresa de la Reclamación Administrativa

Sentencia TSJM 927/2008 de 26 de junio de 2008: *La STS de 23-1-2004, dictada en un recurso en interés de la Ley, coincide con esta tesis. Esta resolución señala, primero, que el Tribunal Constitucional ha reiterado que no es razonable una interpretación que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales; segundo, que la situación de silencio es equiparable a la propia de una notificación defectuosa por ausencia de información de la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilita para aplicar el régimen previsto en el actual Art. 58.3 de la LJCA, de manera que la notificación sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente; tercero, que el Art. 42.4.2º de la LRJ-PAC exige a las Administraciones que informen a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Concluye la Sentencia citada: «La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr». La doctrina ha sido acogida después por la STS de 4-4-2005.*

Conciertos

Corresponde a la Administración sanitaria responder patrimonialmente en el caso de asistencia en entidades concertadas:

Sentencia TSJM 837/2008 de 5 de junio de 2008: *La Fundación «Jiménez Díaz» dispensó tratamiento sanitario a la recurrente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los Art. 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, establece que la responsabilidad*

patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados «por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso». Con base en esta disposición el Tribunal Supremo ha declarado (en STS 3-7-2003, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, y después en SSTS 20-2 y 24-5-2007) «que la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquella, según el Art. 139 de la Ley 30/92». Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración.

STC TSJM 546/2008 de 24 de abril de 2008:

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por la representación procesal de la Comunidad de Madrid, invocando el Art. 35.2 del RD 29/2000, debe ser desestimada. En efecto, el Art. 35.2 del RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, tan sólo establece que en los recursos contenciosos administrativos que deriven de previas reclamaciones administrativas que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el Art. 3 de dicho Real Decreto, entre las que se encuentra la Fundación codemandada, tales entidades, en virtud de su personalidad jurídica, «pueden» actuar como codemandados, pero no obliga a su comparecencia en tal condición y, en cualquier caso, consta en autos que la citada Fundación ha comparecido como codemandada. Y en cuanto a la aseguradora de dicha Fundación, ninguna obligación existe para la actora de demandarla en este proceso, pues la relación que a éstas, aseguradora y Fundación, uniría sería puramente contractual y, por tanto, vinculante tan sólo para las dos partes que hubieran suscrito el contrato de seguro.

Error de diagnóstico

Sentencia TSJM 858/2008 de 14 de mayo de 2008
*Por consiguiente, asumiendo que la **obligación** de los profesionales sanitarios es de **medios** y no de resultados, y partiendo de la doctrina del Consejo de Estado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se declara que para que de un **error de diagnóstico** se derive **responsabilidad** es necesario que existan **signos muy claros de una enfermedad** y se determine otra cuyos **indicios clínicos nada tengan que ver con su apariencia**, hay que afirmar que no se ha producido mala praxis médica en la actuación de los profesionales que inicialmente atendieron al paciente, ya que ante los síntomas que presentaba, y las pruebas practicadas, no era posible detectar el diagnóstico que finalmente se produjo.*

Extemporaneidad

STC TSJ 377/2008 de 25 de marzo de 2008:
Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta. ...».

Continúa dicha STS de 23 de enero de 2004, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en sus SSTC 6/86 de 12 de febrero, 204/87 de 21 de diciembre y 63/95, de 3 de abril, relativa a los efectos del **silencio negativo**, en cuya virtud **«no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales»**, y sigue: **«La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal –continúa argumentando dicha sentencia del Tribunal Supremo– pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. ... La exégesis de este texto (se refiere ahora la citada STS al Art. 42.4 LRJPAC), complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr»**. Y concluye dicha STS afirmando que **«la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se**

hace en la LRJAPC. lo configura como una ficción y no como un acto presunto». STC TSJ 377/2008 de 25 de marzo de 2008.

STC TSJ 110/2008 de 1 de febrero de 2008:

El Tribunal Constitucional ha contemplado de manera específica la caducidad de la acción en relación con la impugnación en vía contencioso administrativa de las desestimaciones presuntas o por silencio administrativo [...] y que se sintetiza en la sentencia 39/2006, de 13 de febrero de 2006 en los siguientes términos: «la doctrina indicada parte de que el silencio administrativo es una mera ficción legal para que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración y parte, asimismo, de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 180/1991, de 23 de septiembre; 294/1994, de 7 de noviembre; 3/2001, de 15 de enero, y 179/2003, de 13 de octubre), para continuar entendiendo que, ante una desestimación presunta, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración, y concluir, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido. Y ello porque, como ya hemos tenido oportunidad de afirmar, la omisión de un pronunciamiento sobre el fondo, imputable a la Sentencia objeto de esta queja, desvirtúa la finalidad de la institución del silencio administrativo, por cuanto transforma en una posición procesal de ventaja lo que es, en su origen, el incumplimiento de un deber de la Administración, como el de dar respuesta expresa a las solicitudes de los ciudadanos (Art. 94.3 de la aplicable LPA, y Art. 42.1 de la vigente Ley 30/1992), permitiendo de tal modo que, pese a la persistente negativa o resistencia a tal deber por parte del ente público, éste quede inmune al control jurisdiccional plenario que viene exigido por el Art. 106.1 de la Constitución.

Daño Moral

STC TSJ 110/2008 de 1 de febrero de 2008:

*Una vez determinada la responsabilidad patrimonial de la Administración, la indemnización ha de tender a la **reparación integral**, comprendido todos los **daños alegados y probados** por el perjudicado, con exclusión de*

las meras expectativas, pero abarcando el daño moral, concepto este que reviste una categoría propia e independiente de las demás y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados. Al efecto es preciso distinguir entre la indemnización por los daños y perjuicios causados (en los que se quedarán englobadas las secuelas y el Premium dolores) «y el daño moral cuando sea este el único indemnizable».

La S.T.S. de 1 de junio de 1998 establece que es difícil valorar económicamente los daños corporales con indudables trascendencia psicológica, de ahí que el Art 141 de la Ley 30/1992 remita para su cálculo a criterios establecidos en legislaciones aplicables como módulos objetivos a los que poder atenerse. Y así este Tribunal ha utilizado como norma orientativa y no vinculante la Ley del Seguro Privado de 8 de noviembre de 1995, donde viene descrita la lesión, los puntos asignados, así como el valor de aquellos en función de la edad y otros factores de corrección, incluyendo en todo caso, el daño moral».

Es por tanto una materia muy abierta y que ha de resolverse caso por caso en función de las concretas circunstancias que concurran para la valoración. Circunstancias que en todo caso deberán ser objeto de prueba por la parte. La mera petición de suma indemnizatoria, huérfana de la más mínima justificación, habrá de ser resuelta con una decisión ponderada y razonable a la cantidad del daño causado a las circunstancias personales acreditadas que se inferan de las actuaciones.

STC TSJ 326/2006 de 27 de noviembre de 2006: El Tribunal Supremo entre otras en la reciente sentencia de 9 de febrero de 2005 ha establecido en relación con la cuantía de la indemnización por responsabilidad patrimonial respecto del **daño moral que tal indemnización «no puede consistir, en ningún caso en una mera reparación simbólica, sino que, teniendo en cuenta la dificultad de reparar materialmente un daño que por su propia naturaleza es moral o inmaterial, ha de intentar conseguir, por exigencia legal, la total reparación e indemnidad del perjuicio y daños ocasionados»**

Intereses

STC TSJ 80/2008 de 18 de enero de 2008 [...] consideramos razonable en cuantificar en 30.000 euros la suma indemnizatoria a abonar por la Administración sin que quepa acoger la pretensión de intereses legales ni de intereses penitenciales a cargo de la CIA Aseguradora, en razón de que los intereses moratorios se generan una vez que la deuda es líquida, pues su función no es otra que la de compensar el retraso en el

pago, siendo la presente resolución la que por primera vez ha determinado y cuantificado la obligación de abonar una indemnización.

STC TSJ 326/2006 de 27 de noviembre de 2006: La parte, en el suplico de la demanda, solicita se condene a la Administración al pago «de los intereses legales que procedan». Entiende esta Sala que, vistos los conceptos indemnizados procede la condena al pago de los **intereses del artículo 45 de la Ley General Presupuestaria**. Llama la atención en esta sentencia el hecho de que el magistrado ponente no sea titular de la Sala, siendo una de las que establecen una de las mayores indemnizaciones (1.141.922 €)

En la mayoría de las sentencias no se admiten intereses sino únicamente los derivados del Art. 106 de la LJCA (Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida [...] 2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia).

Pérdida de oportunidad

STC TSJM 1242/2009 de 23 de julio de 2009: Y no compartimos esa forma de razonar porque la doctrina de la pérdida de oportunidad se construye en nuestra jurisprudencia, sobre la base de que **«aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio» (STS de 7 de julio de 2008 , FJ5º)**. Y en este caso concreto, lo que se indemniza es el hecho de haber hurtado a la paciente la eventualidad de haber estado en el 25% y, por tanto, de haber vivido y, en este caso, una vida larga, ya que contaba la paciente al fallecer diecisiete años de edad; y, más en concreto, y por lo que al caso de autos se refiere, lo que se indemniza es el dolor de los familiares porque ello no haya sido así. [...] Y esta posibilidad, real y cierta, de vivir, insistimos, por pequeña que ésta fuera, de la que se ha visto privada la paciente y, por lo que a este caso se refiere, el dolor de sus padres y hermana por tal privación, no puede entenderse indemnizada, en una paciente de diecisiete años de edad al tiempo de su fallecimiento, en la exigua cantidad fijada por la Administración.

Ahora bien, tampoco podemos aceptar las cantidades que se contienen en la demanda porque ni el daño indemnizable es el fallecimiento en sí mismo considerado, ni pueden ser indemnizables los días de enfermedad con o sin hospitalización a razón de tanto al día, porque lo que se indemniza no es el sufrimiento de la paciente en esos días, de carácter personalísimo, sino, exclusivamente, insistimos, el dolor de los padres y hermana de ésta por haberse visto privados de las posibilidades, reales y ciertas, por pequeñas que fueran, de su supervivencia en una paciente de diecisiete años.

Antijuridicidad del daño

STC TSJM 1448/2009 e 14 de octubre de 2009: Así pues, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración, no sólo es necesario que se declare la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño padecido por quien la reclama, sino que es también necesario que este **daño sea antijurídico o, lo que es lo mismo, que no se tenga la obligación de soportarlo. Y este elemento de la acción ejercitada nos remite a la noción de la «lex artis»,** pues sólo si se acredita que la atención sanitaria recibida se realizó con infracción de la «lex artis» **-sin entrar en su uso de la técnica médica o sanitaria fue o no negligente, pues, como quedó dicho, la responsabilidad que analizamos es de carácter objetivo-**, podríamos considerar el daño padecido por la parte actora como antijurídico.

Es a este requisito al que se refiere el **Art. 141.1 LRJ y PAC**. [...] Como se argumenta en la STS de 22 de diciembre de 2001, «ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración **el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso** producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, **el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad** entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, [...] ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

En esta misma sentencia se analiza la repercusión del correcto empleo de la técnica en la consideración del daño como antijurídico, argumentándose que si la actuación médica «fue realizada correcta-

mente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad y ... la incidencia postoperatoria fue resuelta correctamente, ... **estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico** conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no ha venido sino a consagrar legislativamente la **doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto, según el cual «no serán indemnizables los daños** que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos».

Doctrina del daño desproporcionado

STC TSJM 682/2006 de 14 de junio de 2006:

La cuestión estriba -en razón de que es innegable el daño y el nexo causal entre éste y la práctica de la colonoscopia- en determinar si tiene -o no- carácter antijurídico y aquí es cuando ha de entrar en juego la doctrina del daño desproporcionado, de la que, como bien afirma la actora, ha hecho uso, especialmente, la jurisprudencia civil, pero que, entendemos, es plenamente transplantable al ámbito administrativo.

Con arreglo a esta doctrina -y con cita, por todas, STS, de su Sala Primera, 30 de enero de 2003 - «el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (...) que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

Pero, es más, desde el momento que el ordenamiento jurídico establece una responsabilidad de carácter objetivo -su presupuesto es tanto el funcionamiento normal como anormal del servicio público-, no es necesario que concurren factores subjetivos de culpabilidad, por lo que en la medida que ese resultado dañoso -que excede, como aquí acontece, del ámbito normal y razonable de riesgo que la actuación médica «ad hoc» comportaba, no puede olvidarse que la asistencia que se trataba de prestar era meramente diagnóstica- sea materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público sanitario (no ha quedado probado que la perforación ocasionada al realizar la colonoscopia diagnóstica «estuviera fuera de la esfera de acción» del profesional que la realizó), procederá declarar la responsabilidad de la Administración, titular de dicho servicio.

Presupuestos de la Lex Artis

STC TSJ 814/2006 de 30 de junio de 2006

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria esta Sala y Sección, y el Tribunal Supremo entre otras, como las de 9.3.1998, 14.10.2002, 19.7.2004, han venido proclamando que la obligación del profesional médico es siempre de medios, no de resultados; siendo así que la jurisprudencia ha descompuesto esta obligación en los siguientes deberes:

- a) *Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.*
- b) *Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.*
- c) *Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiendo de los riesgos de abandono del tratamiento.*

A ello debe unirse la muy consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en STS como las de 19.7.2004, 14.10.2002, 22.12.2001, 7.6.2001, (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la «lex artis» como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha «lex artis» respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.

Sobre el Consentimiento Informado

STC TSJM 578/2006 de 12 de mayo de 2006:

Tiene dicho la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 6ª, sobre el consentimiento informado:

1. *la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por*

escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración).

La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad».

2. *Esta Sala y Sección en torno a esta cuestión del consentimiento informado viene manteniendo que la falta del mismo constituye una mala praxis ad hoc pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial per se si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente.*

Del mismo modo la Sentencia de 14 de octubre de 2002 insiste en que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la Lex Artis ad hoc y lo considera como manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario. [...].

En esa Sentencia, que se refiere al consentimiento como el elemento clave para el ejercicio del derecho de autodeterminación del paciente, se añade que considera necesaria e importante la existencia de formularios específicos puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad y, si bien es cierto, que algo más adelante expresa que una información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo, y añade que es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agre-

sión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario?, ello, decimos, **no justifica que pueda sostenerse que un documento como el suscrito por la paciente en este caso avale y excuse la actuación de la Administración sanitaria dando por cumplido su deber de información con el enfermo. Es evidente que la inexistencia de consentimiento en este caso, causó a la recurrente un daño manifiesto puesto que le privó de adoptar en uso de su derecho a decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieran la más conveniente para sí».**

Cuantificación del daño

STC TSJM 1566/2009 de 24 de noviembre de 2009:

Los daños cuya indemnización se pretende poseen diversa naturaleza. Por un lado se encuentra el daño moral producido por la muerte de D. Bruno en su viuda y en los hijos mayores de 25 años y no convivientes con la víctima. Por otro, los daños y gastos generados en el fallecido y que los hijos reclaman, necesariamente en calidad de herederos.

En relación con los primeros, la parte actora acude para su cuantificación al baremo establecido en la **Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. La Sala no advierte ningún inconveniente para ello, máxime cuando utiliza habitualmente dicho sistema con carácter orientador en reclamaciones como la actual. Sin embargo, dado el carácter de deuda de valor de la indemnización por daños, su cuantía debe establecerse en la que fija el baremo actualmente vigente conforme a la Resolución de 20 de enero de 2009 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Esta prevé para el cónyuge de la víctima con edad menor de 65 años la suma de 104.837,52 euros, y para cada hijo mayor de 25 años que no conviva con la víctima la de 8.736,46 euros. Dado que el fallecido se hallaba en edad laboral, a la indemnización resultante debe aplicarse el factor de corrección previsto en el mismo baremo, si bien en magnitud del 10% al desconocerse el volumen de los ingresos que percibía.**

4. Resultados del análisis estadístico de las sentencias

Dentro de los límites de este trabajo, se ha intentado extraer las conclusiones más interesantes a través de las siguientes estadísticas:

- 4.1. N° de Sentencias por año
- 4.2. N° de Sentencias por sentido del fallo
- 4.3. N° de Sentencias por sentido del fallo por años
- 4.4. Tablas de importes estimados por años
- 4.5. Análisis por el tipo de Atención
- 4.6. Magistrados ponentes
- 4.7. N° de sentencias clasificadas por centros asistenciales
- 4.8. N° de sentencias clasificadas por especialidades médicas
- 4.9. Clasificación por Secciones
- 4.10. Otros datos

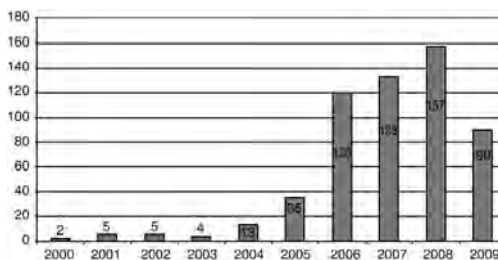
4.1. N° de sentencias por año

En la Tabla 1 se detallan las sentencias publicadas en la Base de datos Aranzadi- Westlaw en cada año, teniendo en cuenta que la **fecha de recogida de datos ha sido el 10 de marzo de 2009** (todavía faltan por publicarse sentencias correspondientes al año 2009). Como ya hemos expuesto en la introducción el incremento de la litigiosidad sobre Responsabilidad Patrimonial ha sufrido un incremento exponencial:

TABLA 1
Sentencias publicadas por año

2000	2001	2002	2003	2004	Total
2	5	5	4	13	564
2005	2006	2007	2008	2009	
35	120	133	157	90	

GRÁFICO 1
Total nº de sentencias por año



Si que debemos indicar que si bien la base de datos utilizada publica más sentencias en los primeros años del estudio (hasta el 2006), pero no es así en los años posteriores publicándose en el mismo periodo (2000-2009) en la base de datos «Tirant Lo

Blanc», 698 y en la Base «La Ley», 961. Estos datos conocidos al final del estudio han de tenerse en cuenta, por el sesgo que pueda suponer. Desconocemos los criterios que se tienen en cuenta en la Base de datos de Aranzadi, para la publicación de las sentencias, entendiéndose que se publican las más significativas o novedosas.

4.2. Nº de sentencias por Sentido del Fallo

El sentido del fallo se refleja en la Tabla 2. El 67,91 % de las Sentencias desestiman el recurso. El 28% de las mismas son estimadas parcialmente. Sólo en el 3,55 de los casos se estima en su totalidad la cuantía reclamada. El total de sentencias en sentido estimatorio es 178 frente a 383 desestimadas. Ratio E/D= 0.46.

Es más significativo el estudio del sentido del fallo si tenemos en cuenta el tiempo. En la tabla 3 y gráfico 3 se observa que a medida que aumenta el

número de recursos y sentencias aumenta la tendencia a la desestimación.

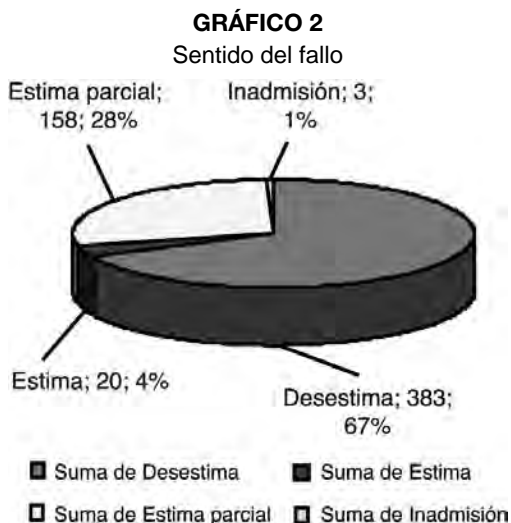


TABLA 2
Sentido del fallo

STC. Desestimatorias		STC. Estimatorias				Inadmisión	
Desestima	%	Estima	%	Estima parcial	%	Inadmisión	%
383	67,91	20	3,55	158	28,01	3	0,53

4.3. Nº de sentencias por Sentido del Fallo por años

TABLA 3
Sentido del fallo por años

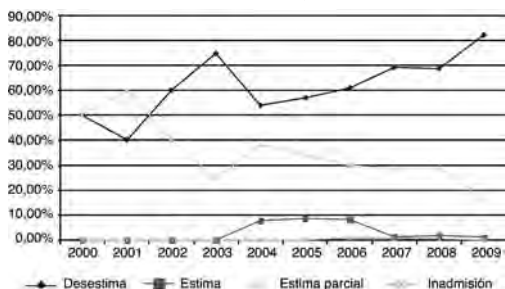
Año	D	%	E	%	EP	%	I	%	Total Año
2000	1	50,00%		0,00%	1	50,00%		0,00%	2
2001	2	40,00%		0,00%	3	60,00%		0,00%	5
2002	3	60,00%		0,00%	2	40,00%		0,00%	5
2003	3	75,00%		0,00%	1	25,00%		0,00%	4
2004	7	53,85%	1	7,69%	5	38,46%		0,00%	13
2005	20	57,14%	3	8,57%	12	34,29%		0,00%	35
2006	73	60,83%	10	8,33%	36	30,00%	1	0,83%	120
2007	92	69,17%	2	1,50%	38	28,57%	1	0,75%	133
2008	108	68,79%	3	1,91%	45	28,66%	1	0,64%	157
2009	74	82,22%	1	1,11%	15	16,67%		0,00%	90
Total general	383	67,91%	20	3,55%	158	28,01%	3	0,53%	564

D (Desestima), E (Estima), EP (Estima parcial), I (Inadmisión)

El gráfico que corresponde a esta tabla referido a los porcentajes sobre los totales de sentencias por años es más ilustrativo, porque se observa perfectamente que el porcentaje de desestimación se incrementa a la vez que disminuye el correspondiente porcentaje referido a las sentencias estimatorias:

GRÁFICO 3

Tendencias porcentajes por años



4.4. Tablas de importes estimados por años

En el gráfico 4, observamos cómo la cantidad total que ha sido estimada ha descendido significativamente a partir del 2006.

La Indemnización más alta la encontramos en la Sentencia TSJM de 27 de noviembre de 2006, cuyo procedimiento administrativo se inició el 2 de octubre de 2001, con motivo del nacimiento de un bebé con parálisis cerebral, en el año 2000. En el fallo se estima que se ha demostrado la existencia de mala praxis por incorrecta gestión del parto, con sufrimiento fetal perinatal e injustificable demora en la realización de la cesárea. Ya se ha comentado en la parte de la doctrina de las sentencias que si bien la mayoría de las sentencias disponen que únicamente procederían los intereses del artículo 106 de la LJCA, en esta Sentencia se aplican los del Art. 45 de la Ley General Presupuestaria.

También hemos de destacar la indemnización otorgada en la Sentencia TSJM 1716/2006 de 5 de octubre de 2006. Se trata asimismo de un retraso injustificado en la realización de la cesárea, tras parto inducido que produjo graves secuelas en el bebé por encefalopatía hipóxico isquémica neonatal. En esta ocasión la indemnización estimada fue de 864.449 €.

En el polo opuesto encontramos la indemnización más baja en la sentencia 814/2006, por un retraso en el diagnóstico de lesiones traumatológicas tras accidente de tráfico, en la que la cantidad solicitada era 133.834 por las secuelas, estimándose parcialmente el recurso en la cantidad de 1.500 euros.

TABLA 4.1

Importes estimados por años en euros

Año	Estima	Estima parcial
2000		60.101
2001		364.814
2002		510.101
2003		36.061
2004	526.098	127.525
2005	320.104	1.012.741
2006	2.550.519	2.669.001
2007	197.882	2.310.805
2008	323.906	3.344.143
2009	180.000	1.074.140
Total general	4.098.509	11.509.433

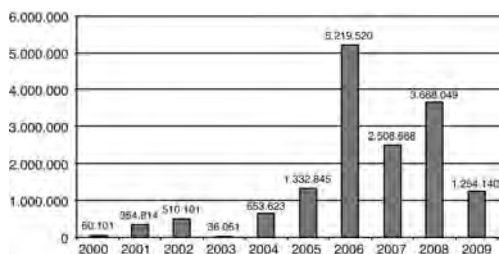
TABLA 4.2

Importes estimados por años en euros

Intervalos	S.	E.
0- 30.050	18	69
30.051- 50.000	28	19
50.001 - 70.000	33	20
70.001-90.000	31	15
90.001-100.000	27	8
100.001-150.000	90	21
150.001 -200.000	113	8
200.001-250.000	39	1
250.001- 300.000	42	2
300.001- 400.000	34	2
400.001-450.000	11	3
450.001-500.000	7	1
500.001-600.000	5	2
600.001 -700.000	2	0
700.001 - 800.000	3	0
800.001-900.000	3	1
900.001-1.000.000	0	0
1.000.001 - 2.000.000	8	1
2.000.001 - 3.000.000	0	0
3.000.001 - 4.000.000	1	0

GRÁFICO 4

Cantidad estimada por año



En la tabla 4.4.2 se ha comparado la cantidad solicitada en las sentencias (aparece dicha cantidad en 495 de las 564 estudiadas) por intervalos con la cantidad estimada. En dicha tabla se refleja que la cantidad que ha sido solicitada más veces se encuentra incluida en el intervalo de 150.000 a 200.000 €. Siendo que el intervalo más frecuente en las sentencias que has sido estimadas es el que llega hasta 30.050€.

La media de las cantidades obtenidas por sentencia judicial en la muestra analizada ha sido 64.659 €, resultado de dividir la cantidad total estimada por el número de sentencias favorables al recurrente.

En las siguientes tablas se analiza los resultados por el tipo de atención sanitaria, estando divididos los grupos por Asistencia Especializada (Hospitales y Centros de Especialidades), Atención Primaria (Centros de Salud o Equipos de Atención Primaria, Consultorios), Otros donde se incluyen las sentencias que denuncian conjuntamente a Atención Primaria y Especializada, así como las que no figura el Centro asistencial en la Sentencia. Por último, en el apartado Urgencias Médicas se engloban las asistencias domiciliarias o traslados de las entidades 061, SUMMA 112 y el servicio de ambulancias.

Como no podía ser de otra manera en la Atención Especializada se da el mayor número de reclamaciones, con un total de 90,07 %.

Destaca el dato de que en únicamente 13 Sentencias lo han sido en contra de la asistencia de los servicios centralizados de urgencias, que se han agrupado el ratio estimadas/desestimada es 6/13.

4.5. Tablas - análisis por el tipo de atención

GRÁFICO 5

Sentencias clasificadas por el tipo de atención

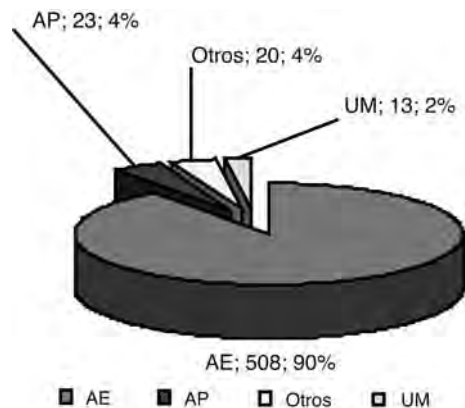


TABLA 5.1

Tabla por el tipo de atención

	Total	Total %
AE	508	90,07%
AP	23	4,08%
Otros	20	3,55%
UM	13	2,30%
Total general	564	100,00%

TABLA 5.2

Sentido del fallo por años

	Desestima	%	Estima	%	Estima Parcial	%	Inadmisión	%
AE	344	89,82%		90,00%	145	91,77%	1	33,33%
AP	18	4,70%	18	0,00%	5	3,16%		0,00%
Otros	14	3,66%	1	5,00%	3	1,90%	2	66,67%
UM	7	1,83%	1	5,00%	5	3,16%		0,00%
Total	383	100,00%	20	100,00%	158	100,00%	3	100,00%

4.6. Magistrados Ponentes

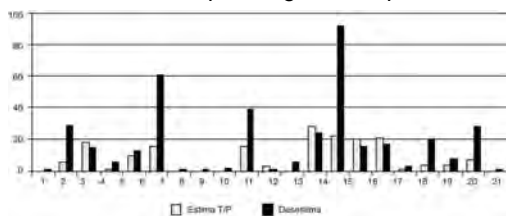
TABLA 6

Sentido del fallo por magistrado ponente

Ponente	Total STC	Estima T/P	Desestima	RATIO E/D
1	1		1	0,00
2	35	6	29	0,21
3	33	18	15	1,20
4	7	1	6	0,17
5	23	10	13	0,77
6	77	16	61	0,26
7	1		1	0,00
8	1		1	0,00
9	2		2	0,00
10	55	16	39	0,41
11	4	3	1	3,00
12	6		6	0,00
13	52	28	24	1,17
14	114	22	92	0,24
15	36	20	16	1,25
16	38	21	17	1,24
17	4	1	3	0,33
18	24	4	20	0,20
19	12	4	8	0,50
20	35	7	28	0,25
21	1		1	0,00
Total	561	177	384	0,46

GRÁFICO 6

Sentido del fallo por magistrados ponentes



Se puede considerar que los magistrados que no han sido ponentes en número mayor de 20 sentencias, eran magistrados suplentes. En la sección novena al encontrarse en situación de suspensión del contrato de trabajo (incapacidad temporal, excedencia u otra posible causa) los magistrados titulares, se trasladaron algunos magistrados de la sección sexta de la Audiencia Nacional. En la STC TSJM 326/2006 (la que obtuvo mayor indemnización) se refleja: *El orden de despacho y decisión de este proceso resulta de dar cumplimiento al Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 15 de noviembre de 2005, que confirió comisión de servicios, sin relevación de*

funciones, en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a los Magistrados que se citan en el encabezamiento de esta sentencia, destinados todos ellos en la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Desde luego, se dan diferencias significativas entre la fundamentación de las sentencias dependiendo del Magistrado ponente. Hay sentencias que explican al detalle como la sala ha valorado la información que obra en el expediente y detallan lo reflejado en los informes periciales, sin embargo numerosas sentencias adolecen de falta de fundamentación, limitándose en algunos casos a exponerse que no se aprecia la existencia de nexo causal.

Como veremos en la Tabla 7 en los grandes hospitales se acumula en mayor número de reclamaciones. Este dato habría que relacionarlo con la población asignada a cada Área Sanitaria. En el apartado «Otros» se han englobado las sentencias que refieren asistencias en varios centros o aquéllas en las que no se especifica el centro sanitario. Destacamos sobre esta tabla que únicamente en cinco sentencias la asistencia se prestó en un Hospital Concertado con el SERMAS. Como ya se ha expuesto anteriormente en virtud de la derivación realizada por la administración sanitaria corresponde a ésta la responsabilidad, sin perjuicio de la posterior acción de repetición o acuerdo que pueda plantearse con la entidad privada, que es parte en el procedimiento como codemandada.

En la tabla 8 se clasifican las sentencias por especialidades. Se han intentado agrupar las sentencias de la manera más coherente, sin perjuicio de la especialización y estructura de cada Hospital. La mayoría de los estudios sobre responsabilidad patrimonial en asistencia sanitaria, señalan las especialidades más demandadas la Obstetricia y Ginecología y la Traumatología. En nuestro estudio se confirma esta realidad. Se han englobado en la categoría Urgencias todas las sentencias que refieren que el daño (error de diagnóstico, retraso, negligencia) se originó en la visita a urgencias sin tener en cuenta la especialidad en concreto de atención.

En la especialidad de Ginecología se engloban también todas las demandas relacionadas con retraso en el diagnóstico en patología de la mama, que también pudieran relacionarse en el apartado oncología. También puede haber dudas en la clasificación en algunas patologías de Neurocirugía y Traumatología, incluyéndose en el grupo correspondiente según la organización del Hospital. En el grupo «Aparato Digestivo» se engloban las patologías derivadas de Cirugía del Aparato Digestivo y Gastroenterología.

4.7. Nº de Sentencias Clasificadas por Centros Asistenciales

TABLA 7

Nº de sentencias clasificadas por centros

061-SUMMA 112	10
Atención Primaria Collado Villalba	1
C.E. Aguacate	1
C.E. Aniceto Marinas	1
C.E. Virgen del Val	1
C.E.P Area 11 Carabanchel	1
C.S. Embajadores	1
CAP Alcorcón	1
CAP Arganda del Rey	1
CE Area V	1
Centro de Atención Primaria Área 11	1
Centro de Especialidades Modesto Lafuente	1
Centro de Salud A.P. «Calesas»	1
Centro de Salud de La Fortuna	1
Centro de Salud de Majadahonda	1
Centro de Salud de San Blas	1
Centro de Salud Isabel II	1
Centro de Salud La Chopera II de Alcobendas	1
Centro de Salud Torrejón de Ardoz	1
Centro de Transfusiones	1
CEP Ambulatorio Montes de Barbanza	1
CEP de Villaverde	1
Complejo Hospitalario Cantoblanco	1
Psiquiátrico	1
Conciertos con Hospitales Privados	5
EAP Vandiel	1
Fundación Hospital Alcorcón	22
Fundación Jiménez Díaz	21
Hospital 12 de Octubre	44
Hospital Alonso Vega	1
Hospital Campo Arañuelo de Naval Moral de la Mata	1
Hospital Clínico San Carlos	43
Hospital de El Escorial	3
Hospital de Fuenlabrada	2
Hospital de Getafe	18
Hospital de la Cruz Roja	3
Hospital de la Princesa	26
Hospital de Móstoles	22
Hospital Gregorio Marañón	64
Hospital La Paz	62
Hospital Niño Jesús	3
Hospital Príncipe de Asturias	23
Hospital Puerta de Hierro	17
Hospital Ramón y Cajal	40
Hospital Santa Cristina	10
Hospital Severo Ochoa	21
Hospital Virgen de la Torre	4
Otros	75
Servicio de ambulancia	1
Total general	564

4.8. Nº de Sentencias Clasificadas por Especialidades

GRÁFICO 8

Nº de sentencias por especialidad

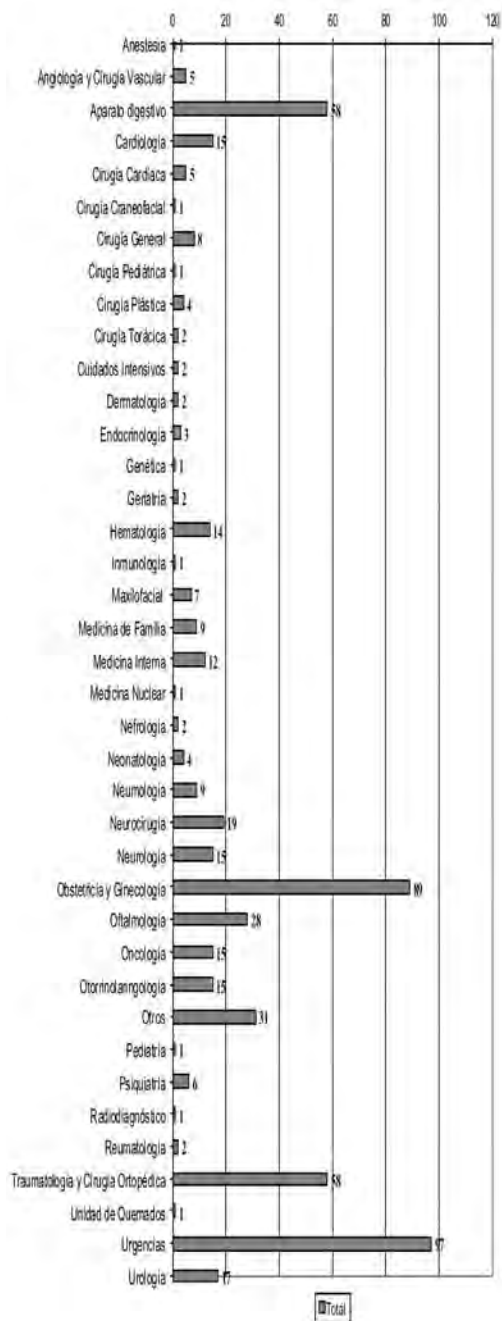


TABLA 8
Sentencias por especialidades

Servicio unificado	Desestima	Estima	Estima parcial	Inadmisión	Total
Anestesia			1		1
Angiología y Cirugía Vascolar	4		1		5
Aparato digestivo	43	1	14		58
Cardiología	9	1	5		15
Cirugía Cardíaca	3		2		5
Cirugía Craneofacial	1				1
Cirugía General	5		3		8
Cirugía Pediátrica			1		1
Cirugía Plástica	2		2		4
Cirugía Torácica	1		1		2
Cuidados Intensivos	2				2
Dermatología	2				2
Endocrinología	2		1		3
Genética			1		1
Geriatría	1		1		2
Hematología	9		5		14
Inmunología			1		1
Máxilofacial	6	1			7
Medicina de Familia	8		1		9
Medicina Interna	12				12
Medicina Nuclear			1		1
Nefrología	2				2
Neonatología	2		2		4
Neumología	7		2		9
Neurocirugía	12	1	6		19
Neurología	12	1	2		15
Obstetricia y Ginecología	52	4	33		89
Oftalmología	21	1	6		28
Oncología	11		4		15
Otorrinolaringología	11		3	1	15
Otros	24	2	4	1	31
Pediatría	1				1
Psiquiatría	2	1	3		6
Radiodiagnóstico	1				1
Reumatología	1		1		2
Traumatología y Cirugía Ortopédica	37	1	20		58
Unidad de Quemados		1			1
Urgencias	67	5	24	1	97
Urología	11		6		17
Total	384	20	157	3	564

4.9. Clasificación por Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

De las 564 sentencias estudiadas, la Sección octava ha dictado el 59,75 % de las mismas, correspondiendo el 40,25 % restante a la sección novena.

Sumando el número de sentencias en sentido estimatorio obtenemos el **ratio** Estimadas/Desestimadas de cada sección:

Sección novena 107/119= **0,89** - Sección Octava 71/264= **0,27**

La diferencia en los ratios es muy significativa, y lo es más si nos fijamos en las cantidades:

TABLA 9.1
Sentencias por secciones

Sección	Desestima	Estima	Estima Parcial	Inadmisión	%
Novena	119	13	94	1	227
Octava	264	7	64	2	337
Total general	383	20	158	3	564

GRÁFICO 9
Sentido del fallo por secciones

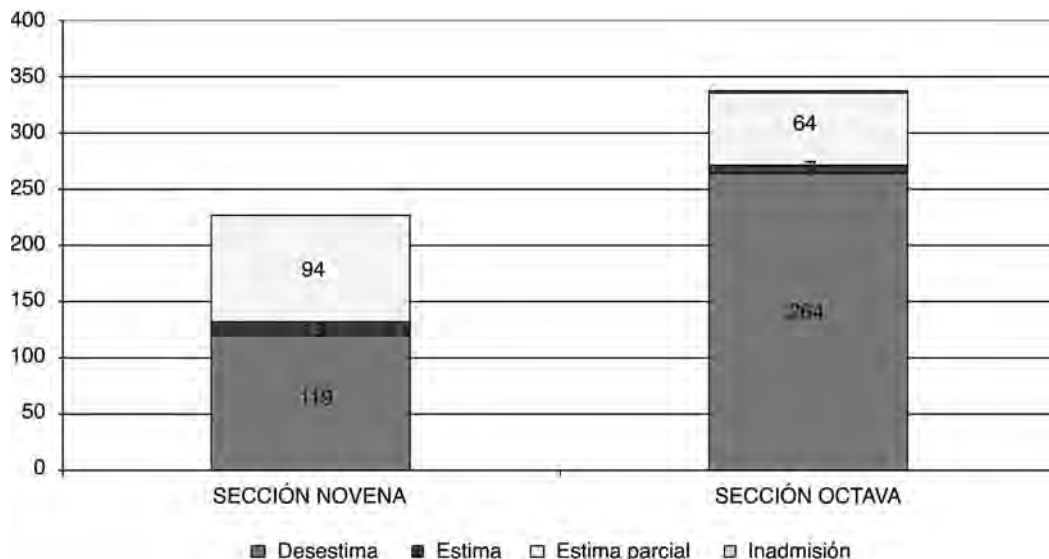


TABLA 9.2
Cantidades estimadas en euros por cada sección

		Estima T.	Estima P.	Totales
S. Novena	Nº STC	13	94	107
	C. Estimada	3.300.886	7.494.994	10.795.879
S. Octava		7	64	71
	C. Estimada	797.624	4.014.439	4.812.063
Total sentencias estimadas		20	158	178
C. estimada €		4.098.509	11.509.433	15.607.942

4.10. Otros datos

4.10.1. Tiempo entre la presentación de la Reclamación administrativa y la Sentencia (Promedio)

TABLA 11

Año	Días	Meses	Años
2005	1.560	52	4,3
2006	1.640	55	4,5
2007	1.487	50	4,1
2008	1.593	53	4,4
2009	1.455	48	4,0
Total general	1.552	52	4,3

De las 564 Sentencias estudiadas, únicamente 307, y a partir del año 2005, refieren la fecha de la reclamación administrativa. En el transcurso de estos últimos años, no hay diferencias significativas en el tiempo que transcurre desde la presentación de la reclamación administrativa hasta el dictado de la sentencia. Aunque teniendo en cuenta el aumento de las cargas administrativas (Expediente administrativo y trámites judiciales) por el aumento del número de reclamaciones el mantenimiento o incluso la disminución del tiempo de tramitación es un dato positivo.

El Tiempo de tramitación más largo se encuentra en la Sentencia 377/2008, 4.642 días (155 meses) recurso presentado en 1994 tras varias diligencias penales referidas al fallecimiento de un varón en 1977 (recurso contencioso presentado en 2004).

El tiempo de tramitación más bajo lo presenta la Sentencia 1353/2009, 749 días (25 meses) siendo que la reclamación administrativa se presentó el 12 de junio de 2007 y la Sentencia se dictó el 3 de junio de 2009. La Sentencia desestima el recurso presentado por prescripción de la acción administrativa.

4.10.2. Proceso Penal Previo

En 53 de las 564 sentencias estudiadas se hace referencia a un proceso penal previo (referencias a la Audiencia Provincial, Diligencias Preliminares o simplemente proceso penal). Ello supone que en al menos el 9,4 % de las Sentencias ha existido un proceso penal previo, que al interrumpir la prescrip-

ción, hace que el proceso en su totalidad hasta la sentencia de lo Contencioso - Administrativo, se alargue mucho en el tiempo. La tendencia al incremento de los procesos penales, entre otras razones se debe al objetivo de conseguir el informe pericial de manera gratuita.

4.10.3. Fallecimientos

En un 64,89 % de los supuestos es el propio paciente o representante legal el que ejerce la acción. En el 35,10 % restante, son los allegados (viuda, hijos, padres, hermanos, pareja) los que solicitan indemnización patrimonial por el fallecimiento de su familiar.

4.10.4. Ausencia de Consentimiento Informado

En los primeros años del estudio se observa una tendencia a la estimación de los recursos por ausencia del consentimiento informado. En la STC 929/2000 se indemniza con 60.101€ por falta de información en intervención quirúrgica a resultas de la cual se ocasionó incontinencia urinaria. En la misma cantidad se indemnizó en la STC TSJM 814/2001 por falta de consentimiento en intervención de ligadura de trompas y posterior embarazo. En la STC TSJM 1375/2003 se estimó la cantidad de 36.061, por el fallecimiento de un niño por daño iatrogénico en procedimiento broncoscópico, sin informar sobre dicha prueba a los padres. En la STC TSJM 472/2004, tras un tratamiento de radiocirugía practicado en el extranjero se ocasionaron unas secuelas que la Sala considera se deben de indemnizar en la cantidad de 1.850 €/mes desde enero 1992 (aparición secuelas) con el límite de la suma solicitada (213.027).

4.10.5. Ligadura de trompas y posterior embarazo

En esta cuestión encontramos cuatro sentencias. La STC TSJM 814/2001 estima el recurso en 60.101 € por ausencia de consentimiento informado. En la STC TSJM 343/2006 la sala desestima la petición de una mujer que se hizo la ligadura de trompas por anterior fallecimiento de hija por enfermedad genética, considerándose que al nacer una niña sana, no existe el requisito del daño. Sin embargo la STC TSJM 443/2006 indemniza con 10.000 €, por daño moral, el embarazo de una mujer por supuesta liga-

dura, que no se realizó. En la STC TSJM 1566/2009 existiendo consentimiento informado, se indemniza como daño moral el hecho de no preguntar a la paciente sobre la posibilidad de un embarazo en el momento de realizar la intervención lo que, a juicio de la sala, constituye una infracción de la *lex artis*.

4.10.6. Urgencias domiciliarias

Los casos de retraso en la asistencia de urgencias domiciliarias son más estimados que la media en general aplicándose la teoría de la pérdida de oportunidad. De las trece sentencias estudiadas se estiman cinco de ellas. Se engloban las dirigidas contra el 061, SUMMA 112 y el servicio de ambulancia.

STC TSJM 1201/2006 (novena). Fallecimiento de paciente por broncoaspiración: situación clínica que exigía atención médica urgente que no tuvo lugar debido a que la ambulancia tardó dos horas en llegar al domicilio de la víctima a contar desde el momento de la primera llamada realizada al servicio de urgencias. (60.101 €)

STC TSJM 834/2006 (octava). Fallecimiento del paciente ante la demora en el envío de asistencia sanitaria. (65.000€).

STC TSJM 1614/2007 (novena) Paciente con múltiples patologías. Infarto agudo de miocardio. Fallecimiento durante el traslado al hospital. Retraso en la asistencia. (120.000€).

STC TSJM 538/2007 (octava) Cardiopatía isquémica aguda. Tardanza de la ambulancia de dos horas y media en caso de máxima urgencia. (24.000 €).

STC TSJM 1136/2009 (novena) Paciente con esclerosis múltiple. Varias llamadas al 061, traslado en vehículo particular. Fallecimiento por infarto de miocardio. (165.000€).

Llama la atención el escaso número de asuntos relativos a urgencias domiciliarias teniendo en cuenta el ámbito territorial de acción, que es toda la Comunidad de Madrid.

Es de destacar que en el caso de los retrasos de los servicios de urgencias, en ocho de las trece sentencias existe un proceso penal previo.

4.10.7. Seguridad del paciente

1211/2005 (octava) Error médico: nacimiento de hijo con una grave deficiencia cromosómica: responsabilidad existente: indemnización procedente. Errores de diagnóstico Síndrome X-Frágil. Error etiquetado de la muestra. Recorte del derecho de elección (360.000 €).

732/2005 (octava) Daños ocasionados como consecuencia de un error de diagnóstico: responsabilidad existente: indemnización procedente. Mastectomía innecesaria. (24.692 €).

5. Conclusiones

A través del presente trabajo se ha intentado dar una visión de conjunto de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial, y, a través de una de sus manifestaciones, como son las Sentencias Judiciales, acercarnos a la realidad. Se ha pretendido, dar una visión no sólo desde la perspectiva jurídica, aunque es un tema sobre el que la doctrina administrativa se manifiesta permanentemente y la jurisprudencia es muy cambiante, debido a las últimas reformas legislativas y a las líneas jurisprudenciales que se van creando teniendo en cuenta que la actividad sanitaria, también ha evolucionado mucho en los últimos años (transferencias sanitarias, legislación sobre derechos de los pacientes, cambio en el perfil de los pacientes, etc..).

Lo que destaca sobre todo del análisis estadístico son los distintos resultados que se obtienen comparando las dos Salas octava y novena del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Quizá por ello se ha dictado el acuerdo de 22 de diciembre de 2009, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, relativo a la modificación de las normas entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, correspondiendo a partir de la referida fecha dicho enjuiciamiento a la Sección Décima del Tribunal Superior de Justicia.

6. Bibliografía

- La responsabilidad de las Administraciones públicas por una defectuosa asistencia sanitaria. Àngels López Caballero. Editorial Aranzadi. BIB 2006\1825 2006.
- La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales. Antonio Xiol Ríos. Revista de Administración Sanitaria. 2004. 2(4):579-97.
- Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria. Begoña Arquillo Colet.. Indret-Working Paper nº: 181 Barcelona, enero de 2004. Tesis Doctoral 2006.
- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma. Clemente Checa González. Editorial Aranzadi. BIB 2003\1516.

- Responsabilidad Civil del Médico y responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria Domingo Bello Janeiro. Editorial Reus. S.A. 2009.
- La transferencia de riesgos en el Sistema Nacional de Salud: el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial. Problemas y opciones. Francisco José Martínez López. Revista de administración sanitaria siglo XXI, ISSN 1696-1641, Vol. 3, Nº. 1, 2005.
- La opinión y la jurisdicción en la gestión de riesgos sanitarios: algunos aspectos a considerar Francisco José Martínez López. Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI 2004; 2(2):275.
- Orden Jurisdiccional Competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad Civil de las administraciones públicas. M^a De Las Nieves Jiménez López. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Num. 23. año 2009.
- Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. David Larios Risco (Coordinador) Editorial Lex Nova. 2007.
- Luis Martín Rebollo. Leyes Administrativas. Aranzadi; 2006.
- El riesgo de judicialización de la medicina. Revuelta Iglesias A.V. Educ. méd. Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial 2006; 9 (Supl.1).

7. Referencias Legislativas y Abreviaturas

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (LRJAPAC).
- Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (LJCA).
- Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.
- 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.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM).
- Tribunal Supremo (TS).
- Tribunal Constitucional (TC).
- Responsabilidad Patrimonial (RP).

Reclamaciones en el ámbito sanitario. El consentimiento para el tratamiento de datos de salud

*Blanca Escrivá de Romani
de Gregorio*

1. Introducción y Justificación
2. Revisión del Marco Normativo
 - 2.1. El derecho a reclamar
 - 2.2. El derecho a la protección de datos
 - 2.2.1. Conceptos, Definiciones y consideraciones generales
 - 2.2.2. Derecho de Acceso
 - 2.2.3. Principio de Consentimiento
 - 2.2.4. Deber de Secreto
 - 2.2.5. Principio de Comunicación de Datos
3. Planteamiento del trabajo
 - 3.1. Objetivos Generales
 - 3.2. Diseño del estudio y fuente de datos
 - 3.3. Variables del estudio
 - 3.4. Indicadores
 - 3.5. Análisis de datos
 - 3.6. Resultados
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Agradecimientos

A Fernando Bandrés y Santiago Delgado, por sus enseñanzas.
A mis compañeros de este Master, por su compañía y sus ricas y continuas aportaciones.
A mi marido y mis hijos, por el tiempo regalado
A Blanca, Borja, Marina y Helas, por su ayuda técnica.
A Antonio Alemany, por su orientación y ayuda siempre y especialmente para llevar adelante este reto.

1 Introducción y Justificación

Las distintas Constituciones europeas que surgen a raíz de la postguerra anuncian un nuevo modo de entender el derecho y los derechos que solo se conciben en el marco de las leyes y que constituyen hoy el centro de gravedad de la realidad jurídica.

Por otra parte, los datos de salud son considerados de especial protección por la legislación vigente, en cuanto a que forman parte del derecho a la intimidad de las personas y están vinculados a su dignidad, pero es difícil hacer frente a la consideración de la intimidad como concepto jurídico ya que el término evoca la idea de lo más interno o recóndito de la persona y como refiere Andrés Ollero (1), quizás, el aspecto más paradójico de la situación presente sea el que dimana de la necesidad de garantizar el ámbito privado a través de la acción del poder público.

Erhard Denninger y Owen Fiss aluden al cambio de rumbo al que la sociedad hoy asiste en la protección de los derechos fundamentales, ya que en el pasado se podía considerar al Estado como la mayor amenaza real y potencial de las libertades, el transgresor más peligroso que se cernía sobre el ejercicio de los derechos, cuando hoy en día, para la defensa de casi todas las libertades se hace necesario contar con la tutela de los poderes públicos.

Esa exigencia de intervención pública plantea, por tanto, esa paradoja fundamental expresada por Denninger: «El mismo poder estatal para cuyo límite surgen derechos fundamentales es, a la postre, el único que puede proteger eficazmente tales derechos».

La libertad y autonomía de la sociedad en general y de los pacientes en particular, ha hecho posible el reconocimiento de sus derechos que son recogidos en nuestra Constitución y desarrollados por distintas Leyes, Decretos y Órdenes tanto de ámbito nacional, como autonómico.

No cabe duda que en los últimos años se ha producido en la sociedad un amplio reconocimiento de derechos a los ciudadanos y que la conciencia y el conocimiento de estos derechos que las leyes les conceden, llevan aparejado un incremento gradual de reclamaciones hacia los servicios, en nuestro caso sanitarios, y sus profesionales.

Los ciudadanos disponen hoy de más y mejor información y gozan de un mayor nivel socioeconómico por lo que esperan de los proveedores de servicios sanitarios, cuando menos, el mismo tipo de atención que reciben por parte de otros sectores.

Este trabajo surge de la necesidad de conjugar el derecho a reclamar, reconocido a los usuarios y pa-

cientes en su relación con los servicios sanitarios prestados, y el derecho de todo ciudadano a la protección de datos personales, ante la presentación de reclamaciones en las que el reclamante no es el propio paciente.

La Gerencia del Área 1 de Atención Primaria, cuenta con una Unidad de Atención al Usuario, que entre otras funciones, tiene encomendada la gestión de todas aquellas sugerencias, quejas y reclamaciones planteadas por los usuarios y pacientes adscritos a sus Centros de Salud y relativas al adecuado funcionamiento de los servicios sanitarios, con el objeto de resolver y remitir la oportuna respuesta al ciudadano, es decir de gestionarlas.

Dada la trascendencia de la información que puede facilitarse en la gestión de las quejas y reclamaciones planteadas en el ámbito sanitario, especialmente en aquellas referidas al proceso asistencial que frecuentemente contienen datos considerados de especial protección por la legislación vigente, se hace necesario establecer procedimientos que garanticen el consentimiento inequívoco para el acceso a datos clínicos y la cesión de estos a terceros, cuando el reclamante no es el propio paciente.

Hay que distinguir la información obtenida durante el acto asistencial que facilitada a un profesional sanitario, principalmente de manera verbal, quedará reflejada en la historia clínica del paciente, de aquella información clínica que es necesario tratar y consultar en el ejercicio de funciones de gestión de servicios, tarea que puede, o no, ser realizadas por profesionales sanitarios, siempre obligados al deber de secreto.

El consentimiento inequívoco del afectado, tanto para el tratamiento de sus datos personales, como para la comunicación de estos a un tercero, es un principio esencial de la protección de datos.

Los datos de salud, vinculados a la dignidad y a la intimidad de las personas, son datos de especial protección, por lo que se precisa el consentimiento expreso del afectado para su tratamiento. Los datos de salud se encuadran en la categoría de datos especialmente protegidos y solo podrán recabarse, tratarse o cederse cuando por razones de interés general lo disponga así una Ley o el afectado consienta expresamente.

El objetivo general de este trabajo es doble. De una parte, realizar una revisión del marco legislativo aplicable, tanto a nivel nacional como autonómico y en relación con el acceso a la documentación clínica, el derecho a la protección de datos de salud y el derecho a reclamar, y de otra, analizar las reclamaciones habidas en un área sanitaria y, al hilo de la legislación vigente, plantear, si proceden, mejores

prácticas en lo relativo a procedimientos y documentos normalizados, que garanticen el consentimiento inequívoco del interesado, para el acceso y la cesión de datos en la tramitación de quejas y reclamaciones en el ámbito asistencial, cuando el reclamante no es el propio paciente.

2. Revisión del Marco Normativo

2.1. El derecho a reclamar

En los últimos tiempos asistimos cada vez más al convencimiento de la necesidad de «gestionar» las reclamaciones de los ciudadanos como algo clave en las organizaciones, dada la información en cuanto a calidad percibida que aportan en tiempo real y la posibilidad que ofrecen de identificar elementos de mejora.

Se deja por tanto de tramitar exclusivamente la reclamación como algo que hay que hacer porque la normativa lo impone, en base al derecho reconocido y ejercido por los usuarios de nuestros servicios.

Antes de avanzar convendría definir el término reclamación y referenciarlo al ámbito sanitario como:

- **Reclamación** : la facultad pública que puede ser ejercida por cualquier usuario, independientemente de su consideración como interesado, ante cualquier actuación que perciba como irregular o anómala en el funcionamiento de los servicios sanitarios o ante cualquier tipo de lesión de sus derechos reconocidos por la legislación vigente. (2)

La revisión normativa llevada a cabo concluye que son numerosas las normas tanto de ámbito estatal, como autonómico, que regulan este derecho y lo hacen tanto desde un aspecto genérico, como desde uno específicamente sanitario.

La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad en su artículo 9 establece que «Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes» recogiendo en el artículo 10 una amplia relación de derechos, entre los que se encuentra en el 10.12 el derecho «a utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan». Este derecho es reconocido en esta Ley junto con otros muchos, alguno de los cuales han sido derogados por la Ley 41/ 2002.

Como viene a recoger el artículo arriba señalado, siempre que exista una comunicación escrita por parte del usuario de los servicios sanitarios de su insatisfacción por el funcionamiento de los mismos, éste tiene derecho a recibir una respuesta escrita a su reclamación.

Sin embargo si la comunicación de la queja es verbal, el organismo competente en su resolución, no viene obligado a dar una respuesta escrita, hecho que habría que tener en cuenta ante la recepción oral de las quejas a través del sistema de atención al ciudadano y su posterior transcripción de lo interpretado por el profesional encargado de la atención, a la hora de tramitar estos expedientes administrativos.

En relación con el tema de este trabajo procede profundizar sobre algunas de las consideraciones que la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** establece en su Artículo 31 sobre el concepto de interesado:

1. *«Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*
 - a) *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
 - b) *Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
 - c) *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*
2. *Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.*
3. *Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».*

Todo ello en relación con aquellas reclamaciones en las que el reclamante no es el propio paciente, pero que podría estar actuando, o no, en representación del mismo.

El artículo siguiente, el 32 de la Ley 30/1992 define los supuestos en que se establece la representación:

1. *«Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con*

éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

2. *Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas.*
3. *Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.*
4. *La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran».*

Los modelos normalizados para la gestión en nuestro ámbito de Sugerencias Quejas y Reclamaciones no contemplan la referencia expresa a la representación conferida, ni los procedimientos establecidos aseguran que sea necesario acreditarla.

Esta Ley en su artículo 35 «Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

- A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
- A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.
- A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.
- A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.
- A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

- A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.
- Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las Leyes.

Todos estos derechos deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer los distintos procedimientos necesarios para la correcta gestión de las Quejas y Reclamaciones, así como la responsabilidad que los profesionales tienen en la tramitación de las mismas, como viene recogido en el artículo 41 «*los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos*».

También la **Ley 12/ 2001 de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid** (LOSCAM), en su artículo 26 recoge los principios generales que rigen los deberes y derechos de los ciudadanos, entre los que se encuentran el establecer los cauces necesarios que garanticen la posibilidad de que los usuarios y pacientes planteen a la administración toda aquella reclamación que consideren ante la percepción de atención, asistencia inadecuada o disfuncionalidad de los servicios.

- «1. *Son principios informadores de la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, la orientación al ciudadano como persona, su autonomía y la garantía de los derechos a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal.*
2. *Todos los ciudadanos serán objeto de la misma consideración y respeto y respetarán a su vez las reglas establecidas en sus relaciones con el Sistema Sanitario.*
3. *El desarrollo y la aplicación efectiva de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Sistema Sanitario se llevarán a cabo teniendo en cuenta el enfoque de la ética aplicada a la sanidad, así como las recomendaciones establecidas en las Declaraciones Internacionales de Bioética suscritas por España.*
4. *Las administraciones sanitarias y las organizaciones sanitarias privadas dispondrán de cauces adecuados eficaces y suficientes para canalizar las reclamaciones y sugerencias de los ciudadanos en relación con los servicios sanitarios, y promoverán de forma activa el conocimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones con el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid».*

En el artículo 27 se recogen los derechos reconocidos a los pacientes en su relación con el sistema sanitario, que son matizados y ampliados sobre los ya regulados en la Ley General de Sanidad, y entre los que destacaríamos en relación con el presente trabajo que:

«El ciudadano tiene derecho a mantener su privacidad y a que se garantice la confidencialidad de sus datos sanitarios, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente.»

«El paciente, por decisión propia, podrá requerir que la información sea proporcionada a sus familiares, allegados u otros, y que sean estos quienes otorguen el consentimiento por sustitución.»

«El derecho a la información sobre la propia salud incluye el acceso a la información escrita en la historia clínica, resultados de pruebas complementarias, informes de alta, certificados médicos, y cualquier otro documento clínico que contenga datos sanitarios propios. El grado de confidencialidad de los mismos debe ser decidido por el paciente.»

No podría faltar a lo largo de este trabajo alguna remisión a varios de los matices que **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**, introduce; ya que en la misma exposición de motivos habla de la necesidad de una adaptación de la Ley General de Sanidad con el fin de aclarar los derechos y también las obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias.

En los principios básicos y en concreto en el artículo 1 se enuncia «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».

Quizás el desempeño de nuestra actividad en el marco de la gestión de aquellas reclamaciones relacionadas con la asistencia, se vea claramente delimitado por la referencia que en este artículo se hace al respeto a la intimidad a la hora de utilizar la documentación clínica y transmitir la información.

Por último, hacer una breve reseña a lo que ésta en su artículo 12.2 sobre información en el Sistema Nacional de Salud enuncia «Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones».

Pero si hasta aquí hemos revisado el reconocimiento genérico de algunos derechos de los ciudadanos en leyes de ámbito estatal, y en concreto, el

derecho a reclamar, en adelante revisaremos el Decreto 21/2002, así como la Orden 605/ 2003, ambos de rango autonómico en la Comunidad de Madrid, que además del reconocimiento de este derecho, establecen procedimientos que garanticen la efectividad del mismo.

El Decreto 21/2002, de 24 enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid en su preámbulo hace referencia a la ya mencionada Ley 30/1992, en la que se determinan las garantías mínimas de los ciudadanos respecto a la actividad administrativa, siendo su aportación más positiva la consagración de los derechos de aquéllos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Entre estos derechos destacan los relativos a que se facilite el ejercicio de la presentación de sugerencias y quejas por anomalías en el funcionamiento de los servicios públicos.

Resulta pues necesario, como dice este preámbulo, establecer el marco jurídico de actuación, las competencias, la atribución de funciones y el alcance de su responsabilidad.

En el Capítulo II de este Decreto y en lo relativo a las Actividades de la Atención al Ciudadano se estructuran tres secciones, siendo una de ellas la dedicada a la facilitación del ejercicio del derecho de los ciudadanos a presentar Sugerencias y Reclamaciones.

La actual configuración del Sistema de Sugerencias y Reclamaciones se puso en marcha en la Comunidad de Madrid en 1997, siendo regulado en los Capítulos III y IV del Decreto 201/1998, de 3 de diciembre.

La normativa actual recoge dos importantes compromisos, uno es que la Oficina de Atención al Ciudadano mantendrá un primer contacto con el reclamante dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de la sugerencia o reclamación, y el otro, que enviará la contestación a la misma, preferiblemente, dentro de los quince días hábiles siguientes a su recepción.

Este Decreto en su Artículo 29 desarrolla el derecho a presentar sugerencias y reclamaciones y establece:

- «Los ciudadanos e instituciones públicas o privadas tienen derecho a presentar sugerencias relativas a la creación, ampliación o mejora de los servicios prestados por la Comunidad de Madrid y reclamaciones por tardanzas, desatenciones o cualquier otra anomalía en el funcionamiento de los mismos.
- Las sugerencias y reclamaciones formuladas de acuerdo con lo previsto en este Decreto, no tendrán en nin-

gún caso la calificación de recurso administrativo ni su presentación suspenderá los plazos establecidos en la normativa vigente.

- *Las presentación de sugerencias y reclamaciones no condiciona en modo alguno el ejercicio de las restantes acciones o derechos que, de conformidad con la normativa reguladora de cada procedimiento, puedan ejercitar los que figuren en él como interesados»*

Además plantea un procedimiento para su adecuada gestión que hace referencia tanto a la presentación, como a la correcta recepción, tramitación y respuesta de las Sugerencias y Reclamaciones presentadas.

«Las sugerencias y reclamaciones deberán ser formuladas por escrito y contendrán los datos que permitan la identificación y localización del reclamante, a efectos de su notificación, así como el objeto de su sugerencia o reclamación».

Aunque la norma determina claramente que la identificación del reclamante debe ser suficiente y adecuada para poder proceder a la gestión de la reclamación y a la emisión y envío de la correspondiente respuesta, no es infrecuente que los datos identificativos resulten insuficientes o incompletos, tanto cuando el registro de la misma se realiza presencialmente en un centro sanitario con registro público, como cuando la reclamación se interpone por medios telemáticos.

Hasta hace apenas unos meses, incluso desde nuestra propia organización y ante una reclamación presentada en nuestros servicios con datos incompletos en la dirección del reclamante, no estaba autorizada para completar ésta y con ello poder dar cumplida respuesta a la reclamación formulada, la consulta de la base de datos poblacional.

La alternativa pasaba por contactar con el reclamante a través de cualquier medio facilitado por éste (teléfono o correo electrónico) y solicitarle completar los datos necesarios para el envío de la respuesta, ya que se interpretaba que los datos personales obrantes en la base poblacional solo podían utilizarse para el fin para el que habían sido recogidos, no siendo posible su utilización para una finalidad incompatible, aunque lo cierto es que el término «incompatible» es impreciso y por tanto interpretable.

En relación pues con el principio de calidad de los datos, se deberían recoger siempre en la tramitación de estos expedientes, los datos adecuados, pertinentes y no excesivos, es decir que sean estrictamente necesarios para la finalidad para la que han sido recogidos.

En este sentido se puede citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional del 8 de febrero de 2006 que hace referencia a la ambigüedad del término «finalidad incompatible» que aparece en el artículo 4.2 de la Ley 15/99, que si bien parece ampliar las posibilidades de utilización de los datos respecto a las «finalidades distintas» de la LORTAD, sigue siendo ambiguo, aunque como dice la sentencia *«dicho término se introduce en la Ley de 1999, como ha declarado la doctrina, por una traducción poco precisa del artículo 6 de la Directiva 46/1995 de 24 de octubre»*

Siguiendo con los enunciados del nuevo Decreto: *«La Oficina de Atención al Ciudadano comunicará por escrito al interesado el cauce dado a su sugerencia o reclamación, solicitándole, en su caso, la ampliación de datos que estime pertinente, todo ello dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de la misma en la Oficina».*

También y en relación con lo establecido en el Decreto para la correcta tramitación de las Sugerencias y Reclamaciones se determina que estas *«Podrán presentarse en los lugares previstos en el artículo 16 de este Decreto, mediante fax y a través de Internet»*, siendo éste uno de los procedimientos previstos en el desarrollo de la administración electrónica

Tras la recepción por cualquier unidad administrativa de la Comunidad de Madrid, en cualquier medio, de un escrito de un ciudadano cuyo contenido constituya o contenga una sugerencia o reclamación, ésta deberá proceder a su incorporación al Sistema de Sugerencias y Reclamaciones, según consta en el Artículo 31 de este Decreto.

«La Oficina de Atención al Ciudadano valorará cuál es la Consejería implicada y asignará la sugerencia o reclamación al Coordinador de Atención al Ciudadano de la misma, para su envío inmediato a la Dirección General u Organismo correspondiente.

La Oficina de Atención al Ciudadano velará por que la respuesta del órgano implicado se produzca conforme a los criterios establecidos y con la mayor celeridad posible, procurando que se produzca dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción de la sugerencia o reclamación por la Oficina.

Una vez producida la respuesta a la reclamación planteada, el Coordinador de Atención al Ciudadano la hará llegar a la Oficina de Atención al Ciudadano, quien la remitirá al interesado, dando por cerrado el expediente, procediendo a su archivo».

La Oficina de Atención al Ciudadano asegurará la debida protección de los datos de carácter personal que pueda recabar, en su caso, en el ejercicio de sus funciones,

conforme a lo dispuesto en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal» (artículo 32).

El presente Decreto ha sido informado por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid»

Aunque el procedimiento establecido pretende ser garantista en cuanto a los plazos y a la completa tramitación de cada expediente, lo cierto es que no lo resulta, ya que en base al escalonamiento planteado hasta que la reclamación llega al nivel efectivo con capacidad de resolución, los plazos suelen estar excedidos antes de poder iniciar las gestiones para su resolución.

Teniendo en cuenta la trascendencia de la información que pueden aportar aquellas quejas o reclamaciones dirigidas al ámbito sanitario y especialmente las motivadas por disconformidad con la asistencia prestada, que generalmente contienen datos de salud considerados de especial protección por la normativa vigente, se estimó necesario en el ámbito de la Comunidad de Madrid establecer una regulación específica.

La Orden 605/2003 de 8 mayo de 2003, Desarrolla el Sistema de Sugerencias, Quejas y Reclamaciones de la Comunidad de Madrid en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública

En lo que podríamos considerar el objeto de ésta, se hace referencia al artículo 26 de la Ley 12/2001 que se ha tratado con anterioridad en este trabajo, sobre poner a disposición de los ciudadanos los cauces necesarios que les permitan el ejercicio del derecho a plantear Sugerencias y Reclamaciones en relación, en esta ocasión, con los servicios sanitarios.

El objetivo final no es únicamente hacer efectivo el ejercicio del derecho, sino contribuir con ello a la mejora de la calidad de los servicios prestados.

Nuevamente en este caso, la Orden lo que viene a establecer, o mejor delimitar, es el procedimiento para la adecuada gestión de las reclamaciones planteadas en el ámbito sanitario, por sus especiales características, aunque su regulación se enmarque dentro «del conjunto de actividades y medios que la Administración de la Comunidad de Madrid pone a disposición de los ciudadanos para el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones y el acceso a los servicios públicos, que constituyen el objeto del Decreto 21/2002, por el que se regula la Atención al Ciudadano en la Comunidad de Madrid y del que la presente Orden es un desarrollo específico para el ámbito sanitario»

Se establecen unas disposiciones generales y se profundiza en el procedimiento, que contempla entre otros aspectos, la forma y lugar de presentación,

introduciendo la posibilidad de hacerlo en «Las sugerencias, quejas y reclamaciones podrán presentarse en cualquiera de los centros asistenciales o administrativos dependientes de la Consejería de Sanidad, a través de los Servicios de Atención al Paciente, Unidades que se habiliten para gestionar su tramitación y en las Agencias Sanitarias», pero también en «cualquiera de los lugares que, con carácter general, establece el Decreto 21/2002, por el que se regula la Atención al Ciudadano en la Comunidad de Madrid».

Como novedad la Orden entra a predefinir los aspectos formales de los contenidos que debe tener la respuesta emitida, cómo son: un resumen del, o de los, motivos de la queja, cuales han sido las actuaciones practicadas, así como una relación, si procede, de las medidas adoptadas y siempre identificado el firmante con nombre, apellidos y cargo que ocupa en la Institución.

Hasta ahora, en la normativa vigente solo se establecían objetivos en cuanto al cumplimiento de plazos en la tramitación de las Sugerencias y Reclamaciones, pero esta Orden introduce, a mi modo de ver, un aspecto importante y que posiblemente contribuya a generar una mayor satisfacción en el ciudadano, si en algún momento pudiéramos valorarla en relación con el proceso operativo, que es la personalización en la «gestión de su caso».

En el artículo 5 «Los hechos y circunstancias objeto de la queja o reclamación se analizarán de forma pormenorizada, elaborándose un informe que recoja los aspectos que puedan resultar relevantes e incorporándose las pruebas documentales que se consideren de interés. Con la mayor celeridad posible, procurando que se produzca dentro de los quince días hábiles a la recepción, queja o reclamación, el Gerente, responsable del centro o unidad sobre la que se reclame, remitirá al reclamante contestación individualizada».

«Elaborándose un informe... e incorporándose las pruebas documentales que se consideren de interés». Quizás estos dos aspectos sean los más relevantes a la hora de concretar el elemento diferencial que tienen las reclamaciones del ámbito sanitario, ya que tanto el informe, como las pruebas documentales, muchas de las veces hacen referencia a datos de salud del paciente, que además puede ser, o no, el reclamante, pero que generalmente ha sido necesario aportar, para el análisis pormenorizado del caso.

En este punto surge otro aspecto de debate ¿en que medida el profesional implicado, cuando lo haya, viene obligado a explicitar y en su caso documentar su actuación?

Parece razonable poder contar siempre con el informe del servicio o del profesional afectado, pero ¿la carga de la prueba la debe aportar éste? o ¿debe

ser la propia organización quien, a través de los profesionales encargados del tratamiento de estos datos, acceda a la información clínica necesaria para la adecuada gestión del caso?

- Por ello, de aquí en adelante revisaremos la normativa vigente en base a dos aspectos principales, la documentación clínica y la protección de datos, especialmente en lo concerniente a su acceso y la posible cesión a terceros.

2.2. El derecho a la protección de datos

Como viene recogido en la Constitución Española, es un derecho fundamental y por tanto irrenunciable, que prevalece sobre otros derechos no fundamentales, y que ha quedado regulado y desarrollado principalmente en la Ley Orgánica 15 / 1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y en Real Decreto 1720/2007 sobre su Reglamento de Desarrollo.

La Ley 15 / 1999 transpone al ordenamiento jurídico español la **Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos**.

Esta Directiva recoge, entre otros, aspectos tan relevantes como:

«Considerando que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos».

«Considerando que todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado; que debe referirse, en particular, a datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos perseguidos; que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener los datos; que los objetivos de los tratamientos posteriores a la obtención no pueden ser incompatibles con los objetivos originalmente especificados».

El derecho fundamental a la protección de datos, lo que viene a determinar es el derecho que faculta a la persona para poder disponer y controlar sus da-

tos personales y por tanto decidir, cuales de éstos proporciona a un tercero y al hilo de ello debemos mencionar como pueden ser ejercitados los derechos:

- Por el afectado acreditando su identidad.
- Por su representante legal, que deberá acreditar tal condición, cuando el afectado se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de estos derechos.
- Por representante voluntario expresamente designado para el ejercicio del derecho, mediante la presentación del documento correspondiente que acredite la representación conferida.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid existen algunos Decretos y una normativa específica en esta materia contemplada en la Ley 8/ 2001, de 13 de julio de Protección de Datos de Carácter Personal, siendo además numerosas las Instrucciones, Recomendaciones y Resoluciones dictadas por La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad con el fin de adaptar a la normativa vigente el tratamiento de datos en algunos sectores.

En el nuestro, las más destacadas son: la Recomendación 2/2004 de 30 de julio, sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas, la Recomendación 3/2008, de 30 de abril, sobre tratamiento de datos de carácter personal en servicios de administración electrónica, la Instrucción 1/2009, de 17 de diciembre, sobre el tratamiento de datos personales de los recién nacidos en los centros asistenciales que integran la red sanitaria única de utilización pública de la Comunidad de Madrid, y la Instrucción 2/2009, de 21 de diciembre, sobre el tratamiento de datos personales en la emisión de justificantes médicos.

2.2.1. Conceptos, definiciones y consideraciones generales

Podríamos decir, que a lo largo del desarrollo de este trabajo hay una serie de palabras clave que se hace necesario precisar de inicio, para una mejor interpretación de la norma y de las que contamos con las definiciones que ya la Directiva europea contempla, pero que la propia Ley Orgánica 15/1999 en su Artículo 3, o el Real Decreto 1720/2007 en el Artículo 5, amplían y adaptan al momento actual con el mismo objetivo y que son entre otras:

- **Datos de carácter personal:** cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (1999). Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables (2007).
- **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 (2007).
- **Afectado o interesado:** persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.
- **Tratamiento de datos:** cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. (2007).
- **Fichero:** todo conjunto organizado de datos de carácter personal que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualesquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.
- **Encargado del tratamiento:** la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio (2007).
- **Responsable del fichero o tratamiento:** persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. (1999).
- **Consentimiento del interesado:** toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.
- **Libre:** supone que el consentimiento deberá obtenerse sin la intervención de vicio alguno en los términos regulados por el Código Civil.
- **Inequívoco:** No resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto) siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.
- **Cesión o comunicación de datos:** toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.
- **Destinatario o cesionario:** la persona física o jurídica, pública o privada u órgano administrativo, al que se revelen los datos.
- **Tercero:** la persona física o jurídica pública o privada u órgano administrativo distinta del afectado o interesado, del responsable del tratamiento, del responsable del fichero, del encargado del tratamiento, y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento.
- **Usuarios:** el personal al servicio del responsable del fichero o encargado del tratamiento, que tenga acceso a los datos de carácter personal como consecuencia de tener encomendadas ciertas tareas.

Revisaremos a partir de aquí el derecho de acceso, el principio de consentimiento y de comunicación de datos y el deber de secreto, por entender que deben ser conocidos por los distintos profesionales que intervienen a lo largo del proceso de gestionar una queja o reclamación, especialmente cuando ésta está relacionada con la prestación asistencial

2.2.2. El derecho de acceso

Ante todo el derecho o mejor, el doble derecho que tiene el propio paciente, de una parte a acceder el mismo a sus datos personales en general y a su historia clínica en particular, como recoge el artículo 18 de la Ley 41/2002, y de otra el de que nadie pueda acceder a sus datos de salud, recogido en este caso en el artículo 7 de la misma ley «*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley*».

Pero además debemos revisar que legítimos accesos podemos tener habilitados los distintos profesionales en relación, en cada caso y momento, del desempeño de nuestras funciones.

Los profesionales asistenciales del centro que realicen el diagnóstico o el tratamiento del paciente, tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

El personal de administración y gestión de los centros sanitarios solo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones según establece el artículo 16 de la Ley 41/2002.

El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación

con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria».

Debemos diferenciar claramente a la hora de gestionar las SQR, distintos niveles de acceso a la información, de una parte, la de aquellos profesionales que participan o realizan la recepción y registro de las mismas, cuyas funciones deben limitarse a la transmisión de éstas a los órganos responsables de su análisis y resolución, sin que debieran acceder a los documentos aportados por los ciudadanos, esencialmente si estos son considerados de especial protección; y la de los profesionales destinatarios finales que deban analizar y resolver.

El hecho de establecer esta diferenciación, es lo que nos lleva a la legitimación de estos últimos por el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 15/1999 donde se recoge *«podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal... cuando dicho tratamiento resulte necesarios para 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».*

Esta salvedad hecha, en cuanto al tratamiento de los datos de salud, podría entenderse que limita o impide a aquellos profesionales públicos que no sean sanitarios, el acceso a ellos, salvo que cuente con el consentimiento expreso del interesado, preferiblemente por escrito para poder hacer efectiva la carga de la prueba, si pudiera plantearse.

El derecho de acceso a la historia clínica es un derecho personalísimo que puede ser únicamente ejercitado por los afectados, su representante, o persona inequívocamente autorizada, pudiéndose producir un acceso incontestado a la misma cuando se gestiona una reclamación motivada por disconformidad con la asistencia, diagnóstico o tratamiento, entre otros motivos, y el reclamante no es el paciente.

La Ley 15/1999 regula en su Título II los Principios de la Protección de Datos, que constituyen la base sobre la que se articula el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y son de obligado cumplimiento, por lo que lógicamente deben ser conocidos por todos los usuarios de los ficheros, ya que ellos serán principalmente los encargados de su recogida y tratamiento.

2.2.3. Principio de consentimiento

Para el tratamiento de los datos personales la LOPD exige el consentimiento previo, libre e inequívoco del afectado, debiendo ser el responsable del tratamiento quien venga obligado a obtenerlo. Este con-

sentimiento puede ser expreso o tácito pero nunca presunto, aunque la propia Ley recoge una serie de supuestos en los que no es necesario prestarlo, como es el caso de que una norma con rango de Ley así lo disponga, cuando sean recogidos por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, o cuando el tratamiento resulte necesario para la prestación de asistencia sanitaria o la gestión de servicios sanitarios, como ya hemos mencionado anteriormente en base al artículo 7,6 y siempre ateniéndonos a los principios de calidad, es decir, aquellos datos que sean pertinentes, adecuados y no excesivos.

En base a lo establecido en el Real Decreto, será el responsable del tratamiento, quien de serle requerida, deberá documentar la prueba del consentimiento previo del afectado.

Como no podría ser de otra forma, el interesado puede en cualquier momento revocar su consentimiento, debiendo disponer para ello de un medio sencillo y gratuito y estableciendo la norma un plazo máximo de diez días para que el responsable del tratamiento lo haga efectivo.

Si resulta novedosa respecto a la LOPD, la regulación que lleva a cabo el Reglamento de desarrollo sobre el consentimiento para cualquier tratamiento de datos personales de menores de edad. Se establece la edad de 14 años como límite para poder consentir, siendo necesario el consentimiento de los padres o tutores en menores de esta edad y en aquellos casos en que la Ley exija para su prestación en mayores de 14 años la asistencia de los titulares de potestad o tutela.

Esto queda recogido en el Artículo 13 del Reglamento de Desarrollo de manera que *«corresponderá al responsable del fichero o a tratamiento, articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales».*

2.2.4. Deber de secreto

El deber de secreto, es una obligación tanto para el responsable del fichero, como para el encargado o cualquier persona que intervenga en el tratamiento de los datos personales, manteniéndose la obligación incluso aunque haya finalizado la relación que permitía el acceso a éstos.

El profesional queda obligado a atender las instrucciones relacionadas con la seguridad de los datos contenidas en el documento de seguridad o establecidas en la política de seguridad de la organización, que deben ser debidamente difundidas por los responsables.

Tratándose del ámbito sanitario debemos clarificar y diferenciar entre el deber de secreto y el secreto profesional al que vienen obligados las personas en el ejercicio de su profesión, siendo el primero un deber genérico que afecta a cualquier persona que participe en el tratamiento.

En el artículo 7 de la Ley 41/2002 como principio básico de la misma, se explicita «que la persona que tenga acceso a la información y documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida»

2.2.5. Principio de comunicación de datos

La LOPD define en su artículo 3. el concepto de cesión o comunicación de datos como *«toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.»* Estableciendo dos condiciones necesarias para legitimar esta cesión, una es que los afectados por sí mismos consentan en que esa cesión pueda efectuarse, y la otra, que deberá perseguir un fin legítimo entre cedente y cesionario.

No obstante, dicha norma general no es absoluta y así el propio artículo 11.2 regula una serie de excepciones, como son: la posibilidad de que ésta venga expresamente regulada por una ley, la de que los datos procedan de una fuente de acceso público, que exista una relación jurídica que implique necesariamente la conexión con ficheros de terceros, cuando el destinatario de la cesión sea el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces y Tribunales, o cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior con fines estadísticos, científicos o históricos.

Entre estas excepciones, el Real Decreto 1720/2007 legitima el tratamiento o la cesión de datos de salud sin el consentimiento del interesado, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando se realice para garantizar la asistencia sanitaria, según establece la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Planteamiento del trabajo

Aunque ya al inicio de este trabajo y como justificación del mismo hacíamos mención del objetivo que nos movía a la hora de acometerlo, no está de más encuadrarlo dentro del desarrollo de mi actual actividad laboral como responsable de una Unidad de Atención al Paciente, tan relacionada con mi forma-

ción sanitaria, como con la necesaria profundización en aquellos aspectos normativos que sustenten los derechos de los usuarios y especialmente el derecho a reclamar y a la protección de datos.

3.1. Objetivo general

Analizar las reclamaciones habidas en un área sanitaria y, al hilo de la legislación vigente, plantear, si procede, mejores prácticas en lo relativo a procedimientos que garanticen, cuando se plantean reclamaciones relacionadas con el proceso asistencial y el reclamante no es el propio paciente, su consentimiento inequívoco, tanto para el acceso a sus datos de salud, como la posible cesión de estos a terceros en la emisión de la respuesta.

3.2. Diseño del estudio y fuente de datos

Se trata de un estudio observacional, descriptivo, transversal y de tendencias. Los datos proceden de las reclamaciones presentadas en el Área 1 de Atención Primaria de Madrid, entre los años 2007 a 2009.

Inicialmente el planteamiento del trabajo se ceñía al análisis de las reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2009 ya que el programa de registro vigente no permitía discriminar aquellas reclamaciones en las que el reclamante no fuera el paciente, por lo que la selección de la población a estudiar debería realizarse de manera manual, como así ha sido.

Por tanto, el tamaño de la población estudiada ha sido de 3.202, que corresponden al total de reclamaciones presentadas durante el ejercicio 2009. De ellas se ha seleccionado como muestra a analizar aquella en la que el reclamante no es el paciente y éste último está identificado, al menos con nombre y apellido, siempre que el motivo principal de su reclamación estuviera en relación con el proceso asistencial.

Se han excluido del análisis todas las reclamaciones en las que el reclamante no haya identificado al paciente, que en este periodo han representado el 11%.

La selección de la muestra ha sido aleatoria estratificada por centro de salud, por motivo de reclamación y por reclamante, aunque dado el número de reclamaciones seleccionadas en base a estos criterios, se ha analizado prácticamente el 73 % de la población seleccionada.

Una vez seleccionada la muestra y antes de iniciar el análisis estadístico de ésta, se ha procedido a disociar aquellos datos que pudieran identificar al paciente.

Como quiera que a primeros de este ejercicio se ha producido un cambio de programa de registro de reclamaciones común para todos los Centros adscritos a la Consejería de Sanidad, Cestrack, permitiendo éste el cruce de campos entre los datos del paciente y reclamante funcionalidad que hubiera facilitado enormemente este trabajo de haber dispuesto de ella durante el año 2009, hemos revisado en los ejercicios previos, 2007 y 2008, todas aquellas reclamaciones en que el reclamante no coincide con el paciente y los motivos mas frecuentes de reclamación para analizar tendencias, e incorporado estos resultados en el último momento a este trabajo.

3.3. Variables de estudio

De la muestra de reclamaciones obtenidas se han analizado las siguientes variables:

- Por un lado se estima el porcentaje de reclamaciones en las que el reclamante no coincide con el paciente o no lo identifica.
- Respecto al total de motivos, se discriminan aquellas reclamaciones cuyo motivo principal es la disconformidad con la asistencia recibida por el paciente, en relación tanto con el diagnóstico o el tratamiento, o en general con la calidad percibida sobre la asistencia dispensada en tiempo, o en forma, ya que no olvidemos que los motivos en que se clasifican las reclamaciones se ajustan siempre a la percepción e interpretación del reclamante.
- En las reclamaciones en las que el paciente no es el reclamante, hemos analizado dos variables en relación con la posible existencia, o no, de parentesco entre ambos, según aluda a ello el texto de la reclamación o pudiera deducirse por los apellidos de ambos, ya que no se pide en ningún caso que acredite su representación.
- Se analiza también la aportación de datos clínicos en el texto de la reclamación por parte del reclamante, o la incorporación a la misma de informes clínicos como anexos.
- Si como parte del expediente administrativo que se origina durante la gestión de la reclamación se incorpora el informe del profesional implicado, cuando se identifica éste, o dicho informe se ha solicitado desde la Unidad de Atención al Usuario

para mejor conocimiento de los hechos y posterior respuesta al reclamante.

- Respecto a los datos del paciente, hemos calculado su edad en base a la cumplimentación en el documento normalizado para la presentación de Sugerencias Quejas y Reclamaciones del campo fecha de nacimiento, para conocer si se trata de menores, adultos, o si son pacientes entre los 14 y 18 años por entender que la normativa vigente regula de manera diferenciada el tratamiento en estos supuestos, tanto en lo concerniente a la capacidad de consentir, como al reconocimiento de la mayoría de edad sanitaria.
- Por último se han analizado las respuestas emitidas a las reclamaciones presentadas, para valorar si se han facilitado datos clínicos y en que supuestos.

3.4. Análisis de datos

Para el análisis descriptivo, se agregan los datos de los indicadores definidos y se estiman frecuencias absolutas y relativas acompañadas de su intervalo de confianza al 95% (IC95%). Para el análisis de tendencias se comparan estos mismos datos absolutos y relativos desagregados por año de estudio.

Los análisis se han realizado con el programa estadístico Stata v.9 (StataCorp., College Station, 2005) y para la presentación tabular y de las figuras el programa Microsoft Excell.

3.5. Indicadores

Se establecieron en la fase de diseño al menos los siguientes indicadores:

– En base al reclamante

- $$\frac{\text{Número de reclamaciones (RCs) en que el reclamante es distinto al paciente}}{\text{Número Total de reclamaciones}}$$
- $$\frac{\text{Número de RCs en las que se hace referencia a relación de parentesco}}{\text{Número de RCs en que el reclamante es distinto al paciente}}$$
- $$\frac{\text{Número de RCs en que el paciente es menor de edad}}{\text{Número de RCs en que el reclamante es distinto al paciente}}$$

– En base al Motivo de reclamación

- Número de RCs en relación con el proceso asistencial
- $$\frac{\text{Número de RCs en relación con el proceso asistencial}}{\text{Número Total de RCs}}$$

– En base a la respuesta

- Número de respuestas que hacen referencia a datos clínicos
- $$\frac{\text{Número de Rcs en que el reclamante es distinto al paciente}}{\text{Número de Rcs en que el reclamante es distinto al paciente}}$$

3.6. Resultados

Analizaremos en primer lugar la tendencia en estos tres ejercicios.

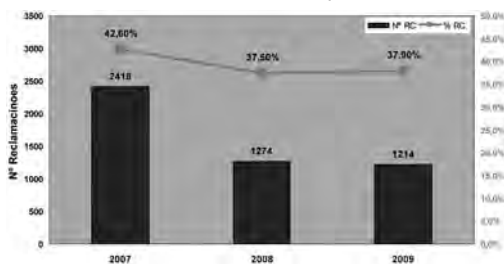
1. Cuando el reclamante no identifica o no es el paciente

Lo cierto es que el resultado en porcentajes sobre el total de reclamaciones habidas en cada año, donde el reclamante no es el paciente o éste no está identificado, es llamativo, llegando a más de un 42 % en el año 2007 y manteniéndose en un 37% en los dos últimos ejercicios.

Se representan valores absolutos por años de las reclamaciones en las que no figura ningún dato cumplimentado en los campos, nombre y apellidos del paciente y aquellas en que estos no corresponden al reclamante, siendo el número total de las registradas 5.667 (2007), 3.397 (2008) y 3.202 (2009).

GRÁFICO 1

Evolución de reclamaciones en las que el reclamante NO identifica o No es el paciente



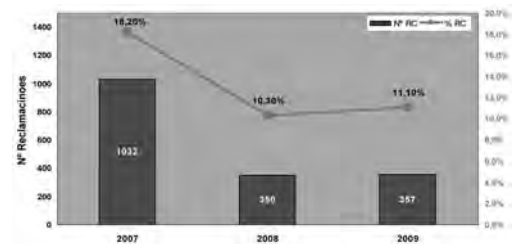
2. Reclamaciones en las que no se identifica al paciente

Ya que el análisis se refiere a reclamaciones en el ámbito sanitario, el que no se identifique al paciente

podría interpretarse, al menos en parte de los casos, que se tratara de usuarios del Sistema, pero que no han recibido asistencia en él y eso podría justificar aquellas cuyos motivos están más relacionados con desacuerdo con organización y normas, recursos humanos o materiales, habitabilidad, o información general, entre otras, pero no sería esperable en una gran parte de las recibidas que están relacionadas con demora en la asistencia o disconformidad con ésta, lista de espera, bajas laborales, etc en las que el usuario se convierte en paciente.

GRÁFICO 2

Evolución de reclamaciones en las que no se identifica el paciente



Igual que en la imagen previa, se representan aquí valores absolutos por año y la tendencia en porcentajes sobre el total de las reclamaciones de cada ejercicio.

Si quisiera señalar que estos resultados también podrían explicarse, en parte, por un defecto de forma en la cumplimentación del escrito o incluso en el procedimiento de recepción y registro, momento en el que se debería facilitar información al reclamante de como deben completarse los campos del documento normalizado al efecto, ya que no son pocas las reclamaciones en las que, por los términos de los escritos, el reclamante es el propio paciente y sin embargo no se ha explicitado así.

Constar que se ha dado por identificado el paciente, cuando el reclamante en los datos que hacen referencia al nombre del paciente ha señalado «el mismo».

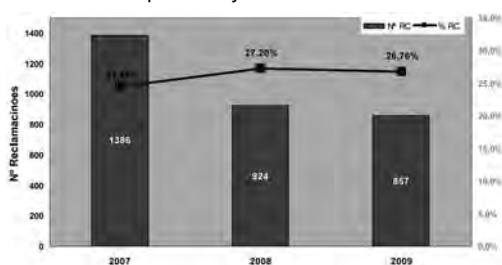
3. Reclamaciones en las que el reclamante es distinto del paciente y este está identificado

Aunque después en el análisis de otras variables veamos que una de las razones fundamentales de este resultado viene determinada por aquellas reclamaciones en las que el paciente es un menor, y el reclamante puede deducirse o mejor suponerse, que se corresponde con uno de los padres, que llegan a re-

presentar un 65% del total de este grupo, hay otro porcentaje, en concreto el 32% de este estudio, en que el paciente es un adulto del que no nos consta en ningún caso su representación.

GRÁFICO 3

Evolución de reclamaciones en las que el reclamante no es el paciente y este está identificado



4. Reclamaciones presentadas por Disconformidad con la asistencia

Aunque la clasificación por motivos que el programa de registro ofrece es lo suficientemente amplia

para poder codificar adecuadamente la práctica totalidad de las reclamaciones formuladas, son muchos los motivos de reclamación que de manera directa podrían entenderse relacionados con el proceso asistencial, como puede ser la lista de espera no quirúrgica que en Atención Primaria suele hacer referencia a las Unidades de Apoyo y principalmente a fisioterapia, o la información clínica del proceso, o las relacionadas con bajas laborales, que no quedan englobados en disconformidad con la asistencia como puede verse en la clasificación general de motivos de reclamación para el año 2009 en el área.

En el ejercicio 2009 la disconformidad con la asistencia ha sido el principal motivo de reclamación en nuestra Área, si bien es cierto que porcentualmente hay variaciones respecto a ejercicios previos, en números absolutos es superponible en los tres últimos ejercicios.

Sin embargo para el presente estudio, la muestra analizada se ha centrado en aquellas reclamaciones en las que el reclamante, que no es el paciente, expresa claramente como principal motivo su disconformidad con la asistencia prestada, que como anteriormente señalábamos agrupan como submotivos las referidas a disconformidad con el

TABLA 1

Principales motivos de reclamación 2009

Motivo:	Nº Absoluto
Disconformidad con la Asistencia	396
Accesibilidad	366
Demora en la Asistencia	362
Recursos Humanos	346
Citaciones	345
Desacuerdo con Organización y Normas	332
Libre Elección de Profesional Sanitario o Centro	228
Falta de Asistencia	166
Trato Personal	156
Recursos Materiales	115
Lista de Espera No Quirúrgica	104
Extravío o Desaparición de Documentos, Muestras u Objetos	76
Bajas Laborales	58
Suspensión de Actos Asistenciales	52
Habitabilidad	38
Información General	26
Información Clínica del Proceso	13
Limpieza	12
Incumplimiento Horario	3
Transporte Sanitario No Urgente	3
Accidentes y otras insuficiencias	2
Atentado a la Integridad Física o Moral	1
Transporte Sanitario Urgente	1
(en blanco)	1
Total general	3.202

diagnostico, tratamiento, seguimiento del proceso, solicitud de pruebas diagnosticas o derivaciones a otro nivel asistencial, principalmente, y que para su adecuada gestión es necesario acceder a información contenida en la historia clínica, bien solicitando copia de aquella parte o episodio relacionado con el motivo de la queja o bien solicitando un informe a su médico o enfermera de referencia, en función de quien haya prestado la asistencia objeto de reclamación.

GRÁFICO 4

Evolución de reclamaciones en las que el reclamante esta disconforme con la asistencia

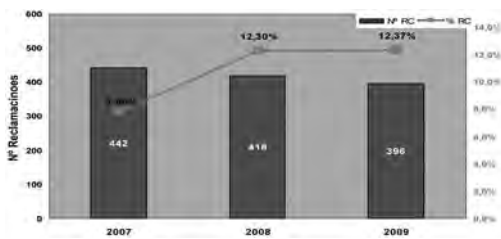
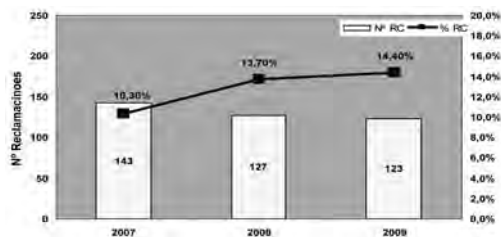


GRÁFICO 5

Evolución-motivo de reclamación: Disconformidad con la asistencia. El reclamante NO es el paciente



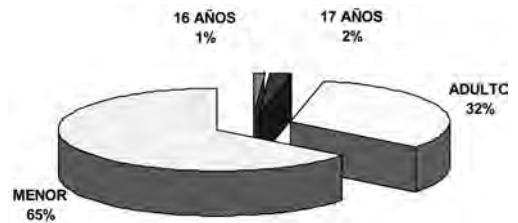
Una vez seleccionada la muestra con los criterios que hasta aquí se han ido estableciendo, es decir aquellas reclamaciones en las que el reclamante no es el paciente, éste está identificado y el motivo principal de la misma es la disconformidad con la asistencia, analizaremos otras variables en relación con el acceso a la documentación clínica durante la gestión de la misma y la posible cesión de datos clínicos a un tercero en este caso el reclamante.

5. Edad del paciente

Aunque a priori cabría pensar que todas aquellas reclamaciones relacionadas con la asistencia en las consultas pediátricas, debieran ser formuladas por el

padre/madre o tutor del menor que actúan como reclamante, lo cierto es que ni en nuestros modelos se solicita que en caso de ser así se explicita, ni en los procedimientos para su recepción o registro se pide que se acredite.

GRÁFICO 6
Edad del paciente



Hemos diferenciado aquellas reclamaciones en las que el paciente es mayor de 16 años, edad en la que se establece la mayoría de edad sanitaria en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, ya que para gestionarla es necesario acceder a su historia clínica o a datos relacionados con su proceso asistencial y deberíamos contar con su consentimiento, sin hacer mención a que a la hora de responder al reclamante no se debería facilitar ningún dato clínico del paciente.

Llama la atención que el 32% de las reclamaciones presentadas por disconformidad con la asistencia en que el reclamante no es el paciente éste sea un adulto del que en ningún caso nos conste su representación, ni autorización expresa para actuar en su nombre, con las implicaciones que esto puede tener y que son el objeto de este trabajo.

6. Relación de parentesco entre Reclamante y Paciente

Lo que podría legitimar el acceso a la información clínica de los encargados del tratamiento del fichero, ante la presentación de una reclamación por los padres o tutores de un menor, sería que estos acreditaran su representación, pero solo en un 43 % se conoce a través de la lectura del texto de la reclamación, en otros supuestos podría deducirse por los apellidos de reclamante y paciente.

Igualmente hay un porcentaje pequeño de reclamaciones que están formuladas por los hijos o cónyuges del paciente, posiblemente cuidadores principales de éstos, cuyo vínculo también se conoce por el texto de la reclamación o se puede deducir como en el párrafo anterior.

GRÁFICO 7

% RC que a lo largo del texto indican relación de parentesco

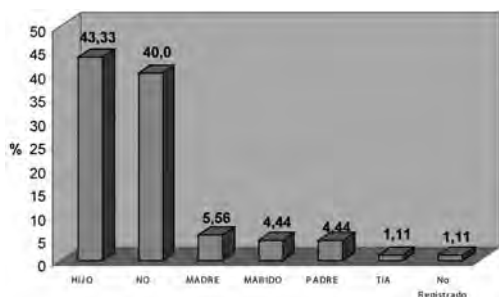
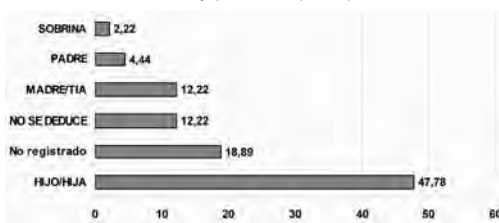


GRÁFICO 8

Se puede deducir relación de parentesco entre reclamante y paciente por apellidos

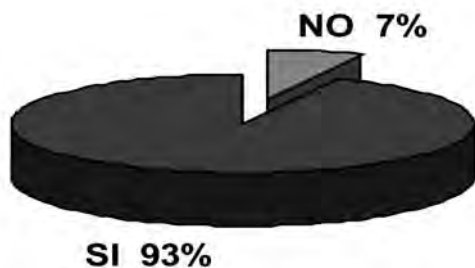


7. Información clínica

Analizadas todas las reclamaciones de la muestra, el reclamante aporta en un 93% de los casos datos sanitarios referidos al paciente, principalmente en el texto de la reclamación y en algunos casos adjuntando informes clínicos a las mismas lo que podría entenderse como un consentimiento presunto. Teniendo en cuenta, que la muestra seleccionada es sobre el total de reclamaciones cuyo motivo principal es la disconformidad con la asistencia prestada, no sorprende tanto este resultado.

GRÁFICO 9

Datos clínicos en reclamación o informes adjuntos

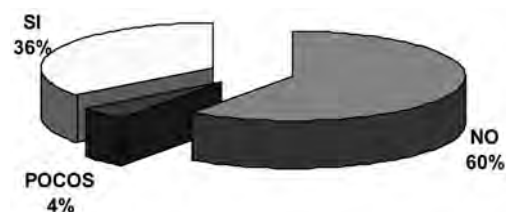


Para la adecuada gestión de cualquier reclamación relacionada con la asistencia, es necesario acceder a datos clínicos contenidos en la historia del paciente, datos que son requeridos, generalmente, al médico responsable de la asistencia, o a la enfermera de referencia según en cada caso el motivo de la queja y son estos profesionales quienes aportan, bien informe con los datos asistenciales requeridos o bien copia de aquella parte de la historia clínica que los contenga, aunque lamentablemente no es infrecuente que este informe refleje apreciaciones subjetivas y pocos datos clínicos objetivos, lo que dificulta la resolución de la misma.

Por último y dentro de este análisis referido a la información clínica, hemos revisado las respuestas emitidas confirmando que casi un 40% de ellas contienen información clínica del paciente

GRÁFICO 10

Datos clínicos en respuesta



4. Conclusiones

A la luz del análisis pormenorizado de las fuentes normativas, y de los resultados del estudio llevado a cabo de las reclamaciones habidas en el Área 1 de Atención Primaria de Madrid, podríamos plantear una serie de conclusiones que debieran llevarnos a proponer algunas acciones de mejora.

La especial naturaleza de aquellas reclamaciones que formuladas en el ámbito sanitario hacen referencia al proceso asistencial, hace necesario adoptar procedimientos para su gestión, que sin limitar el derecho de cualquier ciudadano a reclamar, garanticen, y con mayor razón, el derecho a la protección de los datos de salud del paciente.

Ya que en el ámbito de la sanidad el ciudadano adquiere una doble condición, de un lado como paciente, cuando requiere asistencia sanitaria y de otro, como interesado, en lo referente al tratamiento de sus datos, la historia clínica como documento, se convierte en el medio o soporte que aúna esta doble condición.

Es llamativo que uno de los primeros resultados del estudio realizado evidencie, que en un 40% de las reclamaciones presentadas el reclamante no

identifica o no se corresponde con el paciente, puesto que, cuando el reclamante es el propio paciente y formula una reclamación relacionada con el proceso asistencial, al requerir la intervención de los servicios o unidades de atención al paciente como responsables de su gestión, cabría entender que está dando su consentimiento de forma implícita para que se acceda a aquella documentación, siempre con criterios de proporcionalidad, necesaria para su adecuada resolución.

Esto nos lleva a considerar la necesidad de implantar protocolos o procedimientos orientados a proteger la intimidad, que garanticen que la confidencialidad de los datos de salud no se vea vulnerada por su posible cesión a terceros.

Con ello no estaríamos más que dando cumplimiento a lo que la norma nos obliga «los centros sanitarios... elaboraran, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes» como recoge el artículo 7.2 de la Ley 41/ 2002.

Es preciso concienciarnos que en la gestión de las reclamaciones en el ámbito sanitario y específicamente en aquellas motivadas por la asistencia, debemos contar previamente con el consentimiento inequívoco del interesado para proceder al acceso, consulta y en definitiva tratamiento de sus datos, y también para la posible comunicación de éstos a un tercero.

Es cierto que el despliegue de las nuevas tecnologías de la comunicación en nuestro ámbito supone una innovación muy positiva, pero también puede tener una enorme potencialidad a la hora de llegar a vulnerar la privacidad del paciente.

Cada vez es más frecuente el uso de los portales corporativos a la hora de plantear reclamaciones y no solo en el ámbito de la Administración Pública, como así queda reconocido en el Decreto 21/ 2002 y ahora con la puesta en marcha de la Administración electrónica según la Ley 11/2007, por ello debemos agilizar los procedimientos y acortar aquellos circuitos que en la gestión de estas reclamaciones provoquen, de manera innecesaria, que información tan sensible como los datos de salud pasen por distintos y numerosos profesionales y departamentos, y estableciendo que sean los destinatarios finales, con capacidad para gestionarlas, quienes definitivamente las resuelvan y no solo elaboren propuestas para que sean otros los que de manera intermedia respondan.

En los últimos años venimos asistiendo en nuestros Centros a la implantación de medidas organizativas orientadas a garantizar un mayor cumplimiento de la norma en materia de protección de datos, como así lo demuestran las recomendaciones hechas por la Agencia de Protección de Datos de la

Comunidad de Madrid en materia de custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas, en lo referente emisión de justificantes médicos, etc.

También en este sentido se orientan la adopción de buenas prácticas a la hora de la recogida y entrega de pruebas diagnósticas, informes de salud y otros documentos clínicos, donde se solicita la autorización expresa del paciente para que otro actúe en su nombre, sin embargo no se ha visto necesario establecer este tipo de medidas de seguridad a la hora de gestionar, por la propia Organización, aquellas reclamaciones que requieren el acceso a datos clínicos y su posible cesión, más allá de la simple recomendación de no hacerlo.

Para aquellos accesos por profesionales no asistenciales, deberíamos contar con procedimientos específicos que permitan conjugar la confidencialidad con la operatividad, y en este sentido, debería regularse, de alguna manera, los niveles de acceso a la información clínica que los profesionales integrantes de las Unidades o Servicios de Atención al Usuario, deben tener habilitados.

Habría igualmente que considerar, si el hecho de que el tratamiento de esta información se lleve a cabo por profesionales sanitarios, aporta valor añadido en materia de protección de datos y acceso a la documentación clínica, a la luz de la legislación vigente, más allá de otras connotaciones relacionadas con la capacitación para la evaluación de la asistencia prestada.

También deberíamos establecer la pertinencia, o no, de dejar reflejado en la historia clínica informatizada aquellos informes que el profesional emite como implicado en una reclamación, no necesariamente relacionada con la asistencia, que a mi modo de ver no forman parte de la documentación que debe contener la historia clínica, a tenor de lo establecido en la Ley 41 / 2002.

Por tanto, se debería contar con documentos normalizados para la presentación de Quejas y Reclamaciones en el ámbito sanitario, que permitan reflejar cuando el reclamante actúa en nombre propio o en representación del paciente y conste en el mismo, el consentimiento inequívoco de éste.

Por otro lado, es necesario establecer procedimientos que garanticen la adecuada cumplimentación de los documentos por parte del reclamante, la necesaria acreditación de su identidad ante el profesional de la Unidad Administrativa que recepciona y registra la reclamación y la acreditación de la representación del paciente en el caso de menores, o en el caso de representantes voluntarios, ya que solo con el consentimiento inequívoco del paciente podrán ser tratados sus datos de salud.

5. Bibliografía

1. Ollero Tassara, A y Jimenez De Parga y Cabrera, M. «*De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*». Discurso de recepción en la Real Académica de Ciencias Morales y Políticas y contestación.
2. Cáliz Cáliz, R. y otros. «*El derecho a la protección de datos en la historia clínica y la receta electrónica*» Aranzadi Thomson Reuters, 2009.
3. Gaspar, J. «*La protección de datos personales en el sector sanitario*». Madrid, 2004.
4. Alonso, J. M. y otros. «*La protección de datos personales, soluciones en entornos Microsoft*». Agencia Española de Protección de Datos y Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2009.
5. Informes, estudios e investigación: «*Análisis y benchmarking del tratamiento de las reclamaciones y sugerencias en el Sistema Nacional de Salud*». Ministerio de Sanidad y Consumo, 2008.
6. Serrano Pérez, M. «*Una aproximación a la regulación de los datos médicos a la luz de la nueva Ley de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre y de la Ley Sanitaria 41/2002, de 14 de noviembre*». Revista, Noticias de la Unión Europea, n. 235-236, Agosto-Septiembre 2004, p. 89-97.
7. Guerrero Zaplana, J. «Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, jurisprudencia y Legislación». 2006.
8. «*Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*». Thomson Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2008.
9. Sesiones Informativas de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2002.
10. *Manual de casos prácticos del área de Bioética y Derecho Sanitario*, Comunidad de Madrid, 2009.
11. *Biomedicina y Derecho Sanitario. Volumen VI*. Universidad Europea de Madrid – Fundación Tejerina. 2009

Normativa

12. Orden 605/ 2003 de 21 de abril, que Desarrolla el Sistema de Sugerencias, Quejas y Reclamaciones de la Comunidad de Madrid en la Red Sanitaria única de Utilización Pública.
13. Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (LOSCAM).
14. Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
15. Real Decreto 1720/ 2007 de 21 de diciembre, Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/ 1999.
16. 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.
17. Decreto 21/2002 que regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid.

18. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
19. Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
20. Ley 8/2001 de 13 de julio, de Protección de Datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid.
21. Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, del Parlamento y del Consejo, sobre Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Agencia de Protección de Datos

22. Resoluciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
 - El no mantener exactos y puestos al día los datos identificativos de dos pacientes ha supuesto la comisión de una infracción por un hospital de la comunidad de madrid.
 - La agencia inspecciona el cumplimiento por parte de un centro de salud de una anterior sentencia estimatoria de tutela de derechos a favor de una ciudadana.
 - Utilización de los datos que constan en un fichero de usuarios del sistema sanitario de un centro de salud para fines incompatibles con los que motivaron la recogida de los datos.
 - El consentimiento cualificado exigido para los datos especialmente protegidos tiene peculiaridades en el caso de datos de salud cuando son tratados por profesionales sanitarios para el diagnóstico o tratamiento médico.
 - Todo el personal empleado en un centro de salud debe proteger en todo momento la confidencialidad de los datos personales de los documentos que manejen.
23. Recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos.
 - Recomendación 2/2004, de 30 de julio, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, sobre Custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas.
 - Recomendación 3/2008 de 30 de abril de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sobre tratamiento de datos de carácter personal en servicios de administración electrónica.
24. Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
 - Instrucción 1/2009, de 17 de diciembre, sobre el tratamiento de datos personales de los recién nacidos en los centros asistenciales que integran

la red sanitaria única de utilización pública de la Comunidad de Madrid.

- Instrucción 2/2009, de 21 de diciembre, sobre el tratamiento de datos personales en la emisión de justificantes médicos.

25. Informes de la Agencia de Protección de Datos.

- Acceso por el titular de la patria potestad a

las historias clínicas de los menores. Informe 409/2004.

- Derecho de cancelación sobre los datos de un paciente. Informe 0049/2005.
- Acceso por administrativos a datos de salud. Informe 0248/ 2005.
- Informe Jurídico 171/2008.
- Informe Jurídico 0400/2008.
- Informe 0341/2009.

Legislación ambiental aplicable a un hospital de media estancia de la Comunidad de Madrid

*Juan Pablo García-Capelo
Pérez*

1. Introducción
2. Objetivos
3. Método
4. Normativa aplicable
 - 4.1. Constitución española
 - 4.2. Autorización y permisos de funcionamiento
 - 4.3. Residuos
 - 4.4. Vertidos
 - 4.5. Emisiones atmosféricas
 - 4.6. Instalaciones
 - 4.7. Ruido
 - 4.8. Aspectos potenciales
5. Referencias

1. Introducción

La relación del ser humano con su entorno ha variado a lo largo de la historia. Aunque normas muy antiguas hacían referencia a aspectos de salubridad y limpieza en el desarrollo de las poblaciones, el fin de éstas era siempre el propio cuidado del ser humano y no la preocupación por la misma naturaleza. Ejemplo de ello es la Ley Julia Municipal del año 46 a.C. sobre alcantarillados y cloacas. Puede que una de las primeras leyes antipolución fuera la instaurada por el rey Eduardo II de Inglaterra (1377-1399), que prohibió, bajo pena de muerte, la quema de carbón en Londres mientras estuviera reunido el Parlamento¹. Pero no fue hasta que el hombre desarrolló una capacidad tecnológica capaz de actuar de modo relevante sobre el entorno cuando aparecieron las primeras normas de protección ambiental propiamente dichas. Esta capacidad de deteriorar el ambiente de modo sustancial comenzó en la Revolución Industrial del siglo XIX. Así esta preocupación por nuestra huella en la naturaleza se deja ver en la creación de espacios protegidos, el primero de los cuales se declara en Estados Unidos en 1872², siendo el primero español el Parque Nacional de la Montaña de Covadonga³ instaurado por la Ley de 22 de julio de 1918 y Real Decreto de 16 de agosto de 1918, de creación del Parque Nacional de la Montaña de Covadonga o de Peña Santa, en los Picos de Europa asturiano-leoneses.

Durante la segunda mitad del siglo XX se fueron desarrollando normas jurídicas que velaban por la protección del medio ambiente. Estas han acabado por formar una más de las grandes ramas del Derecho, que se ha designado como Derecho ambiental. El Derecho ambiental es el conjunto de normas, disposiciones y fórmulas de organización que la sociedad se atribuye para regular las relaciones del hombre con su entorno y, en general, las disposiciones sobre el suelo, el aire y el subsuelo, así como las aguas de los seres humanos⁴.

Los hospitales, al igual que las demás organizaciones y empresas, tienen la obligación de respetar la normativa vigente, incluyendo la que hace referencia a aspectos ambientales y de respeto al entorno, pero además el compromiso social de estas instituciones hace deseable que su actuación sobrepase el mero cumplimiento de la Ley, pasando a convertirse en

activos defensores de un entorno saludable y no contaminado como promotores de un concepto integral de Salud.

La complejidad técnica de los hospitales modernos hace que multitud de aspectos tratados en la legislación ambiental, a menudo imbricada con la legislación que regula aspectos técnicos en general, le sean de aplicación.

2. Objetivos

El objetivo del presente trabajo es recopilar de forma actualizada la legislación ambiental Comunitaria, Estatal, Autonómica y Local aplicable a un hospital de media estancia de la Comunidad de Madrid. El hospital se encuentra ubicado en el municipio de Guadarrama pero, salvo en la parte de normativa local, sería extensible a cualquier otro hospital de la Comunidad de Madrid, pues aunque la complejidad técnica de este hospital es menor que en los grandes hospitales de tercer nivel, la búsqueda de legislación se ha realizado pensando en todos los aspectos aplicables.

Como se ha dicho, la legislación ambiental tiene un alto componente tecnológico y científico, lo que hace que sus modificaciones sean frecuentes y sustanciales, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, donde aún se pueden encontrar leyes del siglo XIX. Esto hace que el trabajo de revisión de la legislación deba realizarse frecuentemente. Ejemplo de ello es que tanto la norma UNE-EN ISO 14001 como el reglamento EMAS (los dos sistemas de gestión ambiental en organizaciones más importantes) recomiendan contar con un sistema efectivo de actualización en legislación ambiental.

3. Método

Se ha realizado una búsqueda sistemática en Iberlex, Westlaw, página web del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (MMA), página web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (CMAOT) y otras páginas de acceso a legislación, partiendo de la información obtenida en la bibliografía. Se ha procurado su agru-

¹ «Be it known to all within the sound of my voice, whoever shall be found guilty of burning coal shall suffer the loss of his head», King Edward II.

² El parque Yellowstone.

³ *Gaceta*, núm. 230, de 24 de agosto de 1918.

⁴ *Introducción al Derecho Ambiental*, Fernando García Rubio, Editorial Montecorvo, 2007.

pación por los aspectos contemplados en la legislación, En cada uno de ellos se ha procurado reflejar la norma o normas principales de aplicación actual refiriendo solo de modo secundario el resto de legislación que, aunque contribuye a crear el marco general de aplicación, no repercute directamente sobre el la gestión ambiental de los hospitales. Se ha procurado transcribir los aspectos más prácticos contenidos en las leyes, para dirigir a la norma o normas aplicables en cada materia, donde se detallan los aspectos técnicos y normativos.

Por ejemplo, la normativa de la Comunidad Europea, aunque es la motivadora de gran parte de la legislación comentada, en su mayor parte está desarrollada en leyes estatales y autonómicas por lo que salvo excepciones no será reflejada.

4. Normativa aplicable

El Derecho Ambiental tiene carácter muy complejo en parte por la transversalidad de los temas abordados y en parte por la complejidad organizativa y competencial de la organización territorial y administrativa española. A esto se añade la existencia de normas de carácter supranacional que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico bien de ámbito comunitario o tratados internacionales.

En nuestro sistema la norma principal es la Constitución Española, sobre cuyo artículo 45 hablaremos más adelante, pero de la que también emana la distribución competencial⁵.

Partiendo de esta distribución existe una legislación básica estatal de protección ambiental, en gran parte motivada por la trasposición de las Directivas Europeas en las diversas materias que la Unión conforme a los artículos 174 y 176 del Tratado promulga.

Por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, o la Ley 10/1998, sobre residuos, son de aplicación en todo el territorio nacional, pudiendo las Comunidades Autónomas legislar sobre dichos preceptos básicos, pero respetando siempre los mínimos fijados en ellos, y pudiendo ampliar lo allí referido.

Las Comunidades Autónomas, en el uso de sus competencias legislativas, pueden emitir leyes de tipo sectorial referentes a la ordenación del territorio, o pueden ampliar las directrices básicas fijadas

en las normas estatales induciendo medidas adicionales y propias de protección ambiental. Estas normas estarán sujetas pues, al principio de territorialidad de la Comunidad.

También junto a las normas estatales o autonómicas, y al margen de la aplicación de las Directivas Europeas que requieren de una asunción expresa por el legislador nacional, existen también regulaciones mediante normas administrativas, es decir Reglamentos, disposiciones administrativas de carácter general que regulan aspectos ambientales en desarrollo de una habilitación legislativa expresa.

Estos reglamentos en materia ambiental se refieren a las Administraciones que tienen competencia y potestad reglamentaria, y que pueden ser tanto la Administración General del Estado, como las diversas administraciones autonómicas, como las Entidades Locales, especialmente los municipios, que a través de sus Ordenanzas y siguiendo lo especificado en el Artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, pueden desarrollar las leyes estatales y autonómicas, en la especificidad de sus municipios, respetando siempre las estipulaciones de la Ley, bajo nulidad de pleno derecho de sus actuaciones en caso contrario.

4.1. Constitución Española

La Constitución Española refleja en su artículo 45 perteneciente al capítulo III del título I lo siguiente:

Medio ambiente

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Este artículo expresa no solo la obligación de todos de proteger el medio ambiente sino que expresamente menciona el establecimiento de una res-

⁵ Artículos 148.1.9.ª y 149.1.23.ª.

ponsabilidad penal y/o administrativa, así como la obligación de reparar el daño causado.

Por otro lado el artículo 148 del texto constitucional reconoce como competencia de las Comunidades Autónomas en su apartado 9 la gestión en materia de protección del medio ambiente.

4.2. Autorización y permisos de funcionamiento

Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria

Esta Ley trata amplios aspectos de la regulación de la actividad industrial. En el artículo 2 (Fines) se mencionan estos cuatro:

1. Garantía y protección del ejercicio de la libertad de empresa industrial.
2. Modernización, promoción industrial y tecnológica, innovación y mejora de la competitividad.
3. Seguridad y calidad industriales.
4. Responsabilidad industrial.

Para añadir a continuación:

Asimismo, es finalidad de la presente Ley contribuir a compatibilizar la actividad industrial con la protección del medio ambiente.

En cuanto al ámbito de aplicación se incluye en el artículo 3, apartado 4 g), las actividades industriales relativas al medicamento y la sanidad. Especificando que se refiere a la parte no regulada por su legislación específica.

En su régimen sancionador se señalan como faltas muy graves o graves las que afectan a flora, fauna o medio ambiente.

Real Decreto 697/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal. Incluye en el artículo 3, apartado 1 b), las actividades industriales relativas al medicamento y a la sanidad. Se establecen los requisitos, plazos, etc., para su inscripción, así como la obligación de comunicar variaciones significativas en su funcionamiento o el cese de la actividad.

Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid

Esta Ley trata de modo muy extenso los requisitos necesarios y su tramitación para determinar el impacto ambiental de las distintas actividades, in-

dustrias o instalaciones. Ha sido complementada por la Ley 2/2004, de 31 de mayo, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM 1 de junio de 2004) y por la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM 30 de diciembre de 2008).

Entre las Actividades que el Anexo Tercero de esta Ley señala como de obligado sometimiento a evaluación de impacto ambiental en la Comunidad de Madrid, por su procedimiento abreviado, se encuentran en el subgrupo denominado Otros Proyectos en el epígrafe 52 los Hospitales. Esta Ley deja sin efecto en la Comunidad de Madrid el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre.

4.3. Residuos

Decreto 83/1999, de 3 de junio, por el que se regulan las actividades de producción y de gestión de los residuos biosanitarios y citotóxicos en la Comunidad de Madrid. Esta Norma es en la Comunidad de Madrid la que va a ordenar de modo general el tratamiento de los distintos tipo de residuos, dejando sin efecto varias normas anteriores.

Este Decreto viene motivado por la aprobación de la Ley 10/1998 de 21 de abril, de Residuos, cuya trascendencia para nuestro Derecho se deriva de su pretensión de contribuir a la protección del medio ambiente a través, entre otros mecanismos, de la coordinación de la política de residuos con las políticas económica, industrial y territorial. Para ello, se prevén incentivos a la reducción de residuos en origen y se da prioridad a su reutilización, reciclado y valoración sobre otras técnicas de gestión, lo que supone una modificación del régimen al que han de adecuarse la producción, la posesión y la gestión de los mismos.

Dicha Ley también introduce en nuestro ordenamiento jurídico la consideración de política de residuos imperante en la Unión Europea, que ha abandonado la clasificación de los residuos en dos modalidades; general y peligrosos, para establecer una norma común para todos ellos, lo que no impide que dicha norma pueda ser completada con las especialidades propias de cada tipo de residuo.

El Decreto viene estructurado en cuatro capítulos. El primero trata de las disposiciones generales. En ellas se clasifican los residuos hospitalarios en varios tipos:

Clase I o Residuos Generales: Residuos sin ningún tipo de contaminación específica, que no pre-

sentan riesgo de infección ni en el interior ni en el exterior de los centros sanitarios.

Están compuestos por papel, cartón, metales, vidrio, restos de comida, así como otros tipos de residuos que normalmente se generan en estancias o áreas de un centro sanitario donde no se realizan actividades propiamente sanitarias, tales como oficinas, comedores, cafetería, almacenes, salas de espera y similares. Esta Clase incluye también los residuos de jardinería, mobiliario y, en general, todos los residuos que, de acuerdo con el artículo 3, apartado *b*), de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, tiene la consideración de residuos urbanos o municipales.

Clase II o Residuos Biosanitarios Asimilables a Urbanos: Todo residuo biosanitario que no pertenezca a ninguno de los Grupos de residuos biosanitarios definidos en el Anexo Primero, es decir, que no se clasifique como Residuo Biosanitario Especial o de Clase III.

Incluye residuos tales como filtros de diálisis, tubuladuras, sondas, vendajes, gasas, guantes y otros desechables quirúrgicos, bolsas de sangre vacías y, en general, todo material en contacto con líquidos biológicos o en contacto con los pacientes no incluidos en el Anexo Primero del presente Decreto, cuyo riesgo de infección está limitado al interior de los centros sanitarios.

Clase III o Residuos Biosanitarios Especiales: En esta Clase se incluyen todos los residuos que pertenezcan a alguno de los Grupos de residuos biosanitarios definidos en el Anexo Primero.

La producción y gestión de estos residuos se realizará de conformidad con lo establecido por la Ley 10/1998, de 21 de abril, y su normativa de desarrollo para los Residuos Peligrosos, así como por las especificaciones contenidas en este Decreto.

Clase IV, constituida por cadáveres y restos humanos de entidad suficiente, procedentes de abortos, mutilaciones y operaciones quirúrgicas, cuya gestión queda regulada por los Decretos 2263/1974, de 20 de julio, y 124/1997, de 9 de octubre, por los que se aprueban los Reglamentos de Policía Sanitaria Mortuoria del Estado y de la Comunidad de Madrid, respectivamente. Se incluyen en esta clase de residuos, órganos enteros, huesos y restos óseos, así como restos anatómicos que comprendan hueso o parte de hueso.

Clase V o Residuos Químicos: Residuos caracterizados como peligrosos por su contaminación química,

de acuerdo con el Real Decreto 833/1988 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, y el Real Decreto 952/1997, de 20 de junio, que lo modifica, excepto los residuos biosanitarios especiales y residuos citotóxicos.

Clase VI o Residuos Citotóxicos: Residuos compuestos por restos de medicamentos citotóxicos y todo material que haya estado en contacto con ellos, que presentan riesgos carcinogénicos, mutagénicos o teratogénicos, tanto en el interior como en el exterior de los centros sanitarios.

Se entiende por medicamentos citotóxicos, según la Orden de la Consejería de Salud de 22 de abril de 1992, los medicamentos citostáticos, así como aquellos otros cuyo manejo inadecuado implique riesgo para la salud del personal manipulador.

Clase VII o Residuos Radiactivos: Residuos contaminados por sustancias radiactivas, cuya eliminación es competencia exclusiva de la «Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, Sociedad Anónima» (ENRESA), de acuerdo con el Real Decreto 1522/1984, de 4 de julio, por el que se autoriza la constitución de dicha Empresa⁶.

La Ley es exhaustiva definiendo los conceptos a los que se refiere la norma, clasificando los distintos tipos de residuos. El Decreto regula lo relativo a producción y gestión de los residuos de las clases II, III y VI de los definidos. Se señala la necesidad de obtener una autorización de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional (CMADR). Para la obtención de este permiso se hace necesario presentar un Plan de Ordenación para este tipo de residuos.

El capítulo II trata de la Producción de residuos y de las obligaciones del productor.

El Plan deberá reflejar a: La persona responsable, la cantidad y origen de los residuos, los medios y métodos empleados en todos los pasos de su tratamiento y en su depósito final, el nombre de la empresa que transporta los residuos, los métodos de eliminación de los residuos y las instalaciones donde se realice, las medidas de seguridad y protección del personal implicado en todos los pasos de la gestión de los residuos y por último los medios y procedimientos para actuar en caso de incidentes.

Una vez aprobado el Plan y otorgada la Autorización, se inscribirá de oficio al hospital en el registro de Productores de Residuos Biosanitarios y Citotóxicos. Este registro fue creado por la Orden

⁶ Tener en cuenta la Instrucción IS/05, de 26 de febrero de 2003, del Consejo de Seguridad Nuclear, por la que se definen los valores de exención para nucleidos según se establece en las tablas A y B del anexo I del Real Decreto 1836/1999.

2188/1996, de 15 de octubre. Se contempla la posibilidad de exigir un seguro de responsabilidad para cubrir las posibles responsabilidades. Cualquier cambio sustancial en el tipo de residuo generado o en su gestión, deberá ser notificado. La autorización se concede por un periodo máximo de ocho años, prorrogables por otros ocho, tras solicitud del titular realizada entre 6 y 3 meses antes del fin de la autorización inicial. Tras esta prórroga se deberá solicitar la autorización de nuevo.

La Sección Segunda describe del artículo 9 al 18 detalladamente los materiales, equipos y métodos necesarios para el manejo, almacenaje y tratamiento de los residuos.

En la Sección Tercera se describen otras obligaciones de los productores de residuos, entre las que están la obligación de tener protocolos de actuación para la gestión de incidentes, la necesidad de llevar un registro de incidentes o accidentes detallándolos, la de informar a la CMADR de los mismos, la de entregar sus residuos a un gestor autorizado, o estar ellos mismos autorizados como tales para tratarlos in situ. Si los residuos van a ser transportados, el gestor autorizado debe entregar al productor un documento de aceptación (anexo cuarto del Decreto). La entrega quedará documentada, y el productor deberá proporcionar al gestor la información necesaria para la correcta gestión de los residuos entregados. El productor deberá transcribir todos los datos a un registro y elaborar un informe anual en el que queden reflejados todos los pormenores sobre los residuos y su destino, que habrá de ser entregado durante los dos primeros meses de año siguiente en la CMADR. El responsable legal del cumplimiento de todos estos requisitos será el máximo responsable del centro sanitario (el director gerente).

El Capítulo III trata sobre la gestión de residuos y de las obligaciones del gestor. Este capítulo solamente afectará al hospital en el caso de ser gestor además de productor.

La gestión comprende la recogida, el transporte, almacenamiento, valorización y eliminación. Se precisa una autorización de la CMADR para lo cual deberá presentarse un estudio conforme al artículo 26 del Real Decreto 833/1988, de 20 de julio⁷. Los gestores autorizados serán inscritos de oficio en el Registro de Gestores de Residuos que llevará la CMADR. Esta autorización durará 5 años, siendo prorrogable por periodos de 5 años hasta un máximo de 15 años, debiendo entonces solicitar nueva autorización (art. 30 RD 833/1988).

El artículo 32 del decreto 83/1999 se define el destino de los residuos biosanitarios asimilables a urbanos, que deben recibir, al menos, el mismo tratamiento que los residuos urbanos, esto es vertederos controlados o plantas de incineración autorizadas. Este tipo de residuos no podrá ser destinado a valorización, salvo autorización expresa de la CMA-DR.

Los residuos biosanitarios especiales o citotóxicos solo podrán ser valorizados por los gestores autorizados de este tipo de residuos y se prohíbe expresamente cualquier tipo de reciclado o reutilización de los mismos.

El apartado 5 del artículo 33 especifica que incluso en los casos en que el hospital sea gestor autorizado para la eliminación de estos residuos, permanece la obligación de cumplir todas las condiciones que como productor le atañen en cuanto a segregación, acumulación, envasado, depósito intermedio o depósito final.

Los artículos 34 y 35 especifican las condiciones y requisitos técnicos de la incineración y desinfección en autoclave respectivamente.

Los residuos biosanitarios desinfectados en autoclave pasarán a considerarse residuos biosanitarios asimilables a urbanos aplicando lo dispuesto en el artículo 32, según el artículo 36.

Los residuos biosanitarios líquidos podrán eliminarse por vertido a la red de saneamiento salvo en los casos mencionados en el Grupo I del Anexo Primero, esto es residuos de pacientes con infecciones altamente virulentas, erradicadas, importadas o de muy baja incidencia en España.

En el término municipal de Guadarrama es de aplicación la Ordenanza Municipal para la Gestión de Residuos Sólidos y Regulación de la Limpieza Viaria, aprobada el 29 de enero de 1998 y publicada en el BOCM de 27 de marzo de 1998 y que comenzó a regir desde el 1 de enero de 2001. En la práctica tiene poca relevancia para el sistema de residuos del centro sanitario. El artículo 3 de la Ordenanza exige que las actividades que se instalen en el Municipio deberán realizar ante el Ayuntamiento la Declaración de residuos Sólidos, que se presentará junto con la solicitud de Licencia, suministrando toda la información pertinente sobre la actividad.

Por otro lado en los artículos 105 a 109 se trata de la gestión de los residuos peligrosos, remitiéndose al Real Decreto 833/1988 y a la Ley 20/96 Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, por lo que la norma Municipal no aporta requisitos superiores a

⁷ RD 833/1988 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, básica de residuos tóxicos y peligrosos.

los exigidos por el Decreto 83/1999 de la Comunidad de Madrid. Las obligaciones que plantea en cuanto al destino de los residuos urbanos serán los aplicables a los residuos generales y a los biosanitarios asimilables a urbanos (Clase I y II).

El Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo⁸, modifica los artículos 9.1 y 2, 19, 23, 30, 42 y 44.5 del reglamento aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio. De modo general este RD traspone principios de la Directiva 2006/123/CE que busca facilitar el acceso y disminuir trabas burocráticas a determinados servicios del mercado interior.

Otras leyes que regulan la política de residuos son:

- Decreto 4/1991, de 10 de enero, por el que se crea el Registro de Pequeños Productores de Residuos Tóxicos y Peligrosos. Según esta norma los productores de menos de 10.000 kg anuales de residuos peligrosos y estén inscritos en este registro, quedan exentos de la presentación de memoria anual y de la realización de auditoría ambiental.
- Decreto 70/1997, de 12 de junio, por el que se aprueba el Plan Autonómico de Gestión de los Residuos Sólidos Urbanos de la Comunidad de Madrid 1997-2005.
- Real Decreto 952/1997, de 20 de junio, por el que se modifica el reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, Aprobado Mediante Real Decreto 833/1988, de 20 de julio.
- Ley 10/1998, DE 21 de abril, de Residuos.
- Resolución de 13 de enero de 2000, de la Secretaría General de Medio Ambiente, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 7 de enero de 2000, por el que se aprueba el Plan Nacional de Residuos Urbanos.
- Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos (prácticamente afecta a todos los aparatos de uso médico, excepto los implantados).

Los productores de los RAEE no procedentes de hogares particulares de los productos puestos en el mercado después del 13 de agosto de 2005, aportarán la financiación de los costes de recogida, tratamiento, valorización y eliminación respetuosa con el medio ambiente de dichos RAEE.

Los residuos históricos que se sustituyan por nuevos productos equivalentes o por nuevos produc-

tos que desempeñen las mismas funciones, la financiación de los costes correrá a cargo de los productores de dichos productos cuando los suministren.

Las disposiciones de la presente Directiva se pondrán en vigor el 13 de agosto de 2004.

Los productores establecerán sistemas para la recogida selectiva de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos que no procedan de los hogares particulares y para que sean transportados a los centros de tratamiento autorizados. El productor será responsable de la gestión de sus residuos.

Los productores, desde los distribuidores o desde las instalaciones municipales, tendrán la obligación de recoger con la periodicidad necesaria y trasladar los residuos de sus productos a instalaciones autorizadas para que sean tratados.

Almacenamiento de los RAEE (incluido el almacenamiento temporal):

- Zonas adecuadas dotadas de superficies impermeables, con instalaciones para la recogida de derrames.
- Zonas cubiertas para protección contra la intemperie.

Acuerdo de 18 de octubre de 2007, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia de Residuos de la Comunidad de Madrid.

Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

Orden 2726/2009, de 16 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se regula la gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad de Madrid.

Deberán ser seguidos por el centro sanitario en el caso de realización de obras en sus instalaciones o bien ser exigidos a la empresa que realice tales obras.

Productor de residuos de la construcción y demolición (RCD):

Incluir en el proyecto de obra un estudio de gestión que indique:

1. Estimación de la cantidad (tn y m³), que se generarán en la obra, codificados con el código L.E.R.
2. Medidas para la prevención de residuos en la obra.

⁸ De modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio.

3. Operaciones de reutilización, valorización o eliminación a que destinarán los residuos de la obra.
4. Medidas para la separación de los residuos en obra.
5. Planos de la instalación prevista para el almacenamiento, manejo, separación y otras operaciones de gestión de los RCD.
6. Prescripciones del pliego de prescripciones técnicas particulares, en relación con el almacenamiento, manejo, separación y otras operaciones de gestión.
7. Valoración del coste previsto de la gestión de RCD, que formará parte del presupuesto del proyecto.

En obras de demolición, rehabilitación, reparación o reforma: incluir en el estudio de gestión un inventario de los RP que se generarán. Prever su retirada selectiva.

Disponer de la evidencia que muestre la gestión de los RCD.

En caso de obras sometidas a licencia urbanística, constituir la fianza o garantía financiera exigida.

Obras de edificación: Los proyectos básicos para la obtención de licencia contendrá al menos los puntos 1, 2, 3, 4 y 7.

Los productores de RCD deben comunicar a la Entidad Local competente la estimación de la cantidad de residuos a producir, así como el destino de los mismos y las medidas adoptadas para su clasificación.

Poseedor de RCD: quien ejecute la obra debe presentar un plan de gestión (con los mismos requisitos que lo señalado anteriormente), que debe aprobar la dirección facultativa, aceptar la propiedad y que formará parte de los documentos contractuales de la obra.

Poseedor de RCD: cuando no proceda a gestionarlos por si mismo deberá entregarlos a gestor autorizado o a participar en un acuerdo voluntario o convenio de colaboración para su gestión.

RCD: se destinarán por este orden a reutilización, reciclado o a otras formas de valorización.

Entrega de los RCD a gestor: con documento en el que figure al menos, identificación del poseedor y del productor, obra de procedencia y número de licencia, cantidad (tn o m³), tipo de residuo, código LER e identificación del gestor (al que se entrega el residuo y al gestor final).

Mantener los RCD en condiciones adecuadas de higiene y seguridad y evitar la mezcla de fracciones ya seleccionadas que impida o dificulte su posterior valorización o eliminación.

RCD deben separarse en las siguientes fracciones si para cada una de ellas la generación para el total de la obra supera las siguientes cantidades:

- Hormigón: 80 t.
- Ladrillos, tejas, cerámicos: 40 t.
- Metal: 2 t.
- Madera: 1 t.
- Vidrio: 1 t.
- Plástico: 0,5 t.
- Papel y cartón: 0,5 t.

La segregación en origen se puede realizar en la propia obra o por gestor (en este caso se debe disponer de documentación que lo acredite).

El poseedor debe sufragar los costes de la gestión y debe entregar al productor los certificados y otra documentación acreditativa de la gestión. Los documentos se archivarán durante 5 años.

Orden 2726/2009, de 16 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se regula la gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad de Madrid.

Entre otros aspectos:

1. Los productores de RCD estarán obligados a comunicar a la Entidad Local competente en la forma que reglamentariamente se establezca y con carácter previo a su producción, la estimación de la cantidad de residuos a producir, así como el destino de los mismos y las medidas adoptadas para su clasificación.
2. Las Entidades Locales no podrán conceder las autorizaciones o licencias necesarias en los casos en los que el solicitante no acredite suficientemente el destino de los residuos que se vayan a producir.
3. La Entidad Local correspondiente establecerá los mecanismos de control y las acciones necesarias para garantizar la correcta gestión de los RCD generados en su término municipal, incluyendo el depósito previo por el productor de los residuos de una fianza proporcional al volumen de residuos a generar que se calculará de acuerdo con los criterios que reglamentariamente se establezcan.

Real Decreto 106/2008, de 1/8, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11).

Todo productor estará obligado a hacerse cargo de la recogida y gestión de las pilas, acumuladores y baterías, que haya puesto en el mercado.

Si el hospital genera restos de aceites minerales deberá aplicar el Real Decreto 679/2006, de 2 de junio, por el que se regula la gestión de los aceites industriales usados.

Los productores de aceites usados deberán cumplir las siguientes obligaciones:

- Almacenar los aceites usados en condiciones adecuadas, evitando especialmente las mezclas con agua o con otros residuos no oleaginosos; se evitarán también mezclas con otros residuos oleaginosos si con ello se dificulta su correcta gestión.
- Disponer de instalaciones que permitan la conservación de los aceites usados hasta su recogida y que sean accesibles a los vehículos encargados para ello.
- Evitar que los depósitos de aceites usados, incluidos los subterráneos, tenga efectos nocivos sobre el suelo.

Con carácter general, quedan prohibidas las siguientes actuaciones:

- Todo vertido de aceites usados en aguas superficiales o subterráneas, en cualquier zona del mar territorial y en los sistemas de alcantarillado o de evacuaciones de aguas residuales.
- Todo vertido de aceite usado, o de los residuos derivados de sus tratamientos, sobre el suelo.
- Todo tratamiento de aceite usado que provoque una contaminación atmosférica superior al nivel establecido en la legislación sobre protección del ambiente atmosférico.
- Los productores de aceites usados que generen más de 500 litros al año, así como los gestores de aceites usados, deberán llevar un registro con indicaciones relativas a cantidades, calidad, origen, localización y fechas de entrega y recepción. La llevanza de este registro, y su inscripción en la correspondiente comunidad autónoma, eximirá a estos productores del cumplimiento de los establecido en el artículo 22.1 del real Decreto 833/1980, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos (inscripción en el Registro de Pequeños Productores de Residuos Peligrosos).

Otros contaminantes tratados de modo específico en la legislación ambiental son los Policlorobifenilos (PCB) y los Policloroterfenilos (PCT). Estos compuestos han sido utilizados fundamentalmente en los aceites de los transformadores eléctricos, Por

su difícil biodegradación tienden a acumularse en las cadenas biológicas.

El Real Decreto 228/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1378/1999, de 27 de agosto, por el que se establecen medidas para la eliminación y gestión de los policlorobifenilos, policloroterfenilos y aparatos que los contengan, señala las obligaciones que los poseedores de aparatos que usen estos compuestos deben realizar.

- Los que tengan un volumen de PCB > 5 dm³.
- Los que tengan un volumen de PCB = 1-55 dm³.

Básicamente son: detectar los aparatos contenedores, identificarlos, realizar tomas para descartar pérdidas o contaminaciones. Quedan obligados a deshacerse del aparato con un registro de descontaminación por gestor autorizado en fecha que varía dependiendo del año de fabricación, pero que en cualquier caso no superará el 1 de enero de 2011.

Los poseedores de PCB deben declarar anualmente a la Comunidad Autónoma los aparatos sometidos a inventario que posean, las previsiones para su descontaminación o eliminación y la identificación de los aparatos ya descontaminados o eliminados, aportando la documentación acreditativa correspondiente.

Las declaraciones anuales deben ir acompañadas de:

- Documentos de control y seguimiento.
- Certificados de eliminación o destrucción.
- Certificados de descontaminación.
- Certificados de reducción.
- Actas o certificados de tomas de muestras y los informes o boletines de resultados.
- Actas o certificados de inspección ocular.

Real Decreto 1304/2009, de 31 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante el depósito en vertedero.

Resolución de 27 de noviembre de 2009, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se hace público el Acuerdo de 13 de noviembre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se procede a la rectificación de los plazos establecidos en la estrategia de residuos, aprobada por Acuerdo de 18 de octubre de 2007, del Consejo de Gobierno, relativos al Plan Regional de Residuos Urbanos de la Comunidad de Madrid (BOCM de 9 de diciembre de 2009).

Los aspectos relacionados con residuos de posible riesgo sobre el entorno atmosférico se tratarán en la parte correspondiente a contaminación atmosférica.

Las normas relativas a envases están reguladas por la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases y por el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases.

Los residuos de tipo IV vienen regulados en general por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria. No obstante este decreto en su artículo 1. apartado 2 dice: Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Reglamento los mortuorios de los hospitales, regulados en los Anexos I y II de la Orden de 11 de febrero de 1986⁹, que el vigente Decreto 110/1997, de 18 de septiembre sobre autorización de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de la Comunidad de Madrid declara expresamente en vigor.

El destino final de todo cadáver será:

- Enterramiento en lugar autorizado.
- Incineración o cremación.
- Utilización para fines científicos o de enseñanza.

También tendrán estos destinos los restos humanos de entidad suficiente procedente de abortos, mutilaciones y operaciones quirúrgicas. Se requiere certificado facultativo en que se acredite la causa y procedencia de tales restos. Cuando el médico que lo extienda deduzca la existencia de posibles riesgos de contagio y de contaminación radiactiva, lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la Consejería de Sanidad.

A efectos de su manipulación y destino los cadáveres se clasifican en 2 grupos:

- Grupo I: Los de personas cuya causa de defunción represente un peligro sanitario. Cadáveres contaminados con productos radiactivos. No podrán ser objeto de prácticas de tanatopraxia ni traslado fuera de los límites de la Comunidad de Madrid ni podrán ser exhumados hasta después de 5 años desde su inhumación.
- Grupo II: Los de personas fallecidas por cualquier otra causa, no incluida en el grupo I.

4.4. Vertidos

Los centros hospitalarios pueden realizar su emisión de vertidos a la red integral de saneamiento o directamente a cauce. Según sea el caso variará la legislación a aplicar, siendo en general más exigente en el segundo supuesto.

3.1. Vertidos a la red integral de saneamiento.

La normativa estatal española recoge estos objetivos en el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

En la Comunidad de Madrid la Ley 10/1993, de 26 de octubre, sobre vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento, es la principal norma de aplicación, que fue modificada por el Decreto 57/2005, de 30 de junio, por el que se revisan los Anexos de la Ley 10/1993, de 26 de octubre, sobre Vertidos Líquidos Industriales al Sistema Integral de Saneamiento (BOCM 6 de julio de 2005).

Quedan sometidos a lo establecido en la presente Ley, todos los vertidos líquidos industriales susceptibles de ser evacuados al Sistema Integral de Saneamiento en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Se excluyen del ámbito de aplicación de la presente Ley, los vertidos radiactivos, a los que les será de aplicación la normativa específica sobre la materia.

Toda instalación industrial, que utilice el Sistema Integral de Saneamiento para evacuar sus vertidos deberá presentar en el Ayuntamiento donde esté ubicada la actividad, la correspondiente Identificación Industrial.

Las instalaciones industriales que viertan aguas residuales al Sistema Integral de Saneamiento y estén comprendidas en el Anexo 3 (85.1 Actividades sanitarias), deberán presentar junto con la Identificación Industrial la correspondiente Solicitud de Vertido, en el Ayuntamiento donde esté ubicada la actividad.

Se entiende como prohibido el vertido al sistema integral de saneamiento de cualquier elemento sólido, pastoso, líquido o gaseoso que, incorporado en las aguas como consecuencia de los procesos o actividades de las instalaciones industriales, en razón de su naturaleza, propiedades, concentración y canti-

⁹ Desarrolla el Decreto de 12 de diciembre de 1985 (LCM 1986/321), en lo relativo a requisitos para creación, modificación o supresión de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

dad, cause o pueda causar, por sí solo o por interacción con otros, alguno de los siguientes efectos:

- Mezclas explosivas, residuos sólidos o viscosos, materias colorantes, residuos corrosivos, residuos peligrosos, residuos que produzcan gases nocivos.
- Las aguas residuales de vertidos industriales que no se ajusten a las características reguladas en la presente Ley, deberán ser corregidas antes de su incorporación a la red de alcantarillado mediante la instalación de unidades de pretratamiento, cuyo proyecto debería presentarse al Ayuntamiento.
- Quedan prohibidos los vertidos que figuran en el anexo I del Decreto 57/2005.
- Los valores máximos instantáneos de los parámetros de contaminación son, con carácter general, los que aparecen en el Anexo II del Decreto 57/2005.
- Toda instalación industrial que utilice el Sistema Integral de Saneamiento debe presentar al Ayuntamiento la Identificación Industrial cuyo modelo se adjunta en el Decreto 40/1994 de la Comunidad de Madrid.
- Instalaciones obligadas a presentar la solicitud de vertido:
 - Todas las instalaciones que superen un caudal de abastecimiento y autoabastecimiento de 22.000 m³/año.
 - Instalaciones que superando un caudal de 3.500 m³ agua/año, desarrollen alguna de las actividades recogidas en la tabla del anexo 3 del Decreto 57/2005.
 - Las instalaciones que produzcan vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento, cuyas características especiales, hagan necesario que estén sometidas a autorización.
 - La instalación industrial debe disponer de una arqueta estandarizada, cuyo modelo se ajuste al indicado en el Anexo 5 (planos, ver BOE 312, de 30 de diciembre de 1993). Ésta tendrá libre acceso desde el exterior y estará situada aguas abajo del último vertido.
- Debe evitarse la descarga accidental de sustancias peligrosas. Si se produjera; debe informarse al Ayuntamiento; Gestor de la depuradora y Agencia Medioambiental de la Consejería de Medio Ambiente.

Norma Local: Autorización de vertidos del Ayuntamiento de Guadarrama.

Remitir de forma anual, los informes de mantenimiento y autocontrol realizados semestralmente,

con el contenido mínimo dispuesto en el informe favorable de la Dirección General de Medio Ambiente Urbano de la Comunidad de Madrid (EXP. 06/123/P).

En caso de modificaciones de la actividad desarrollada o en las características del effluente autorizado, la propiedad deberá presentar a este Ayuntamiento nueva Solicitud de Vertido, según lo dispuesto en el Ley 10/1993.

4.4.1. Vertidos a cauce

Vienen regulados por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprobó el Plan Hidrológico del Tajo al que había dado su conformidad el Consejo del Agua de la cuenca el 18 de abril de 1997 y la Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de cuenca del Tajo, aprobado por el Real Decreto 1664/1998.

De acuerdo con el art.6 del Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, los vertidos de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas que se hagan a cuencas con abastecimientos, deben recibir el tratamiento adecuado para zonas de especial protección, según define la UE para zonas sensibles, recomendando, al menos, filtros verdes como tratamiento final si se tratara de pequeñas aglomeraciones.

En cuanto a los vertidos industriales deberán cumplir las condiciones reseñadas en el Plan. Asimismo, todos los vertidos habrán de cumplir al menos los valores límites establecidos en el Anexo I del Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de parámetros característicos que se deben considerar, como mínimo, en la estima del tratamiento de vertido. Para adecuar los vertidos a las normas antedichas el centro deberá contar con instalaciones de depuración con las características adecuadas al volumen y tipo de vertidos.

4.5. Emisiones atmosféricas

La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera regula de modo general los distintos tipos de contaminantes atmosféricos. Esta norma ha sustituido al Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrollaba

la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. En esta ley se desarrollan todos los aspectos contaminantes de la atmósfera, excepto los ruidos y vibraciones, las radiaciones ionizantes y no ionizantes y los contaminantes biológicos.

Las emisiones atmosféricas producidas en un centro hospitalario pueden ser de tipos muy diversos, desde compuestos específicos como los gases refrigerantes, hasta las emisiones producidas por los equipos de producción térmica de gas o gasoil. Dentro de las emisiones, las puramente accidentales se tratarán en el apartado de riesgos Potenciales.

La mayoría de los sistemas de centrales térmicas en hospitales vienen reguladas por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios completado por el Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, por el que se adaptan determinadas disposiciones en materia de energía y minas a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Este texto traspone la Directiva 2002/91/CE de eficiencia energética de los edificios y se adapta al Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de Edificación, derogando al antiguo RITE (Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios) aprobado por RD 1751/1998, de 31 de julio.

Este Real Decreto promueve los siguientes objetivos en las instalaciones térmicas (calor o frío, tanto por combustibles fósiles como solar) destinadas al confort de las personas en edificios, es decir instalaciones de climatización y Agua Caliente Sanitaria:

- Cumplimiento de las exigencias técnicas de las instalaciones térmicas para que cumplan su función.
- Proporcionar bienestar e higiene.
- Eficiencia Energética.
- Seguridad.

Las instalaciones de más de 70 Kw requerirán un proyecto para su autorización administrativa. Las que tengan entre 5 y 70 Kw precisarán solamente una memoria técnica.

Las instalaciones deberán ser realizadas por empresas autorizadas, bajo la dirección de técnico titulado competente. Una vez terminada la instalación, realizadas las pruebas de puesta en servicio satisfac-

toriamente, se emitirá el certificado de instalación que deberá contener las características de la instalación, identificación de los instaladores, adecuación al proyecto o memoria y cumplimiento del RITE.

El Capítulo VI aborda las condiciones del mantenimiento de las instalaciones, que exigen ser mantenidas por un instalador autorizado y se llevará registro documental de las operaciones de mantenimiento. El personal propio solamente podrá realizar el mantenimiento si cumple los requisitos para la inscripción en el registro de instaladores.

La Comunidad Autónoma a través de sus órganos competentes podrá realizar cuantas inspecciones juzgue necesarias clasificando las instalaciones en:

- Aceptable: No hay defecto grave o muy grave. Los defectos leves se deberán subsanar en tres meses y acreditarlo.
- Condicionada: se detecta un defecto grave o uno leve ya detectado anteriormente y no corregido.
 - Instalaciones nuevas: no podrán entrar en servicio hasta que se corrijan los defectos indicados.
 - Instalaciones en servicio: deberán subsanar en 15 días. De no hacerlo la Comunidad Autónoma podrá disponer la suspensión del suministro de energía hasta su corrección.
- Negativa: cuando se detecte al menos un defecto grave.
 - Instalaciones nuevas: no podrán entrar en servicio hasta su corrección.
 - Instalaciones en servicio: se emitirá informe negativo por el que la Comunidad Autónoma dispondrá la suspensión del suministro de energía hasta la obtención de aceptable.

El artículo 43, que trata sobre las infracciones y sanciones a aplicar en caso de incumplimiento de las disposiciones obligatorias reguladas en el RITE aplica lo dispuesto en los artículos 30 a 38 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, sobre infracciones administrativas.

En algunos aspectos será de aplicación también el Real Decreto 769/1999, de 7 de mayo, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 97/23/CE, relativa a los equipos de presión y se modifica el Real Decreto 1244/1979, de 4 de abril, que aprobó el Reglamento de aparatos a presión. Entre estos equipos se encuentran diversos componentes de centrales térmicas con acumuladores, equipos de vapor, etc.

El Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribu-

ción y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11 también es de aplicación en diversas instalaciones de gas.

Un aspecto que ha causado gran preocupación desde el punto de vista de protección ambiental respecto a la atmósfera es el del peligro de destrucción de la capa de ozono. El Reglamento (CE) 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, intentaba limitar la emisión a la atmósfera de aquellas sustancias químicas que contribuyen a la destrucción de la capa. Esta norma fue sustituida por el Reglamento (CE) 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, que entró en vigor el 1 de enero de 2010. Esta norma limita o prohíbe la utilización de diversas sustancias empleadas como gases refrigerantes, y en otros usos. Las más importantes son los hidroclorofluorocarburos, también derivados fluorados de bromo, etc. Las normas sobre gases refrigerantes estipulan que las empresas que exploten aparatos de refrigeración, aire acondicionado o bombas de calor, o sistemas de protección contra incendios, incluidos sus circuitos, que contengan sustancias reguladas velarán por que en los aparatos o sistemas fijos se realicen las siguientes operaciones:

- a) Sistemas cuya carga de fluido sea igual o superior a 3 kg de sustancias reguladas, se controlarán al menos una vez cada 12 meses para comprobar que no presentan escapes; ello no se aplicará a los aparatos con sistemas sellados herméticamente etiquetados como tales y que contengan menos de 6 kg de sustancias reguladas.
- b) Sistemas cuya carga de fluido sea igual o superior a 30 kg de sustancias reguladas, se controlarán al menos una vez cada seis meses para comprobar que no presentan escapes.
- c) Sistemas cuya carga de fluido sea igual o superior a 300 kg de sustancias reguladas, se controlarán al menos una vez cada tres meses para comprobar que no presentan escapes, y para subsanar lo antes posible las fugas detectadas, y en cualquier caso en un plazo de 14 días.

Los aparatos o sistemas serán objeto de un control de escapes en el plazo de un mes a partir del momento en que se haya subsanado una fuga con objeto de garantizar que la reparación ha sido eficaz.

Por otro lado se prohíbe el uso de R22 nuevo desde el 1 de enero de 2010, pudiendo usarse en instalaciones existentes gas R22 procedente de reci-

clado, hasta el 31 de diciembre de 2014. A partir del 1 de enero de 2015 deberá haberse sustituido el R22 por gases refrigerantes autorizados.

4.6. Instalaciones

Instalaciones radioactivas

Las instalaciones radioactivas de los hospitales se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas.

El capítulo III regula las instalaciones radiactivas con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales.

Artículo 38. Solicitudes.

1. Las instalaciones radiactivas con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales solicitarán una autorización de funcionamiento. La solicitud irá acompañada de la siguiente documentación:

- a) Memoria descriptiva de la instalación. Se describirá el emplazamiento y los detalles constructivos de suelos, paredes, ventilación y otros elementos análogos.
Se justificará en su caso la elección de los radionucleidos o fuentes radiactivas que hayan de emplearse en la instalación y los sistemas de gestión de los residuos radiactivos sólidos, líquidos y gaseosos previstos para el funcionamiento normal y en caso de accidente, incorporando contratos con empresas gestoras, reexportación y otras modalidades, como proceda en cada caso.
- b) Estudio de seguridad. Consistirá en un análisis y evaluación de los riesgos que puedan derivarse del funcionamiento en régimen normal de la instalación o a causa de algún accidente. Se incluirán datos suficientes para poder realizar con ellos un análisis de los riesgos de la instalación, con independencia del presentado por el solicitante.
- c) Verificación de la instalación. Dentro de lo específicamente aplicable a cada caso, se incluirá una descripción de las pruebas a que ha de someterse la instalación y, en los casos necesarios, el plan de mantenimiento previsto.
- d) Reglamento de funcionamiento. Se presentarán los métodos de trabajo y reglas de manipulación que garanticen la operación segura de la instalación. Se describirán también las medidas de protección radiológica aplicables.

- e) Se incluirá la relación prevista de personal, la organización proyectada y la definición de las responsabilidades que correspondan a cada puesto de trabajo, tanto en condiciones normales de operación como en caso de emergencia.
- f) Plan de emergencia interior. Detallará las medidas previstas por el titular y la asignación de responsabilidades para hacer frente a las condiciones de accidente con objeto de mitigar sus consecuencias, proteger al personal de la instalación y notificar su ocurrencia de forma inmediata a los órganos competentes, incluyendo la evaluación inicial de las circunstancias y de las consecuencias de la situación. Además, establecerá las actuaciones previstas por el titular para prestar su ayuda en las intervenciones de protección en el exterior de la instalación, de acuerdo con los planes de emergencia exterior que establezcan los órganos competentes, cuando así lo determine el Consejo de Seguridad Nuclear.
- g) Previsiones para la clausura y cobertura económica prevista para garantizar la misma en condiciones de seguridad.

2. En las instalaciones industriales de irradiación dotadas de fuentes radiactivas, la descripción del emplazamiento incluirá información sobre el emplazamiento y terrenos circundantes. Además, para estas instalaciones se adjuntará la organización prevista por el solicitante para garantizar la calidad durante la construcción y el funcionamiento, incluyendo el manual de garantía de calidad.

Artículo 39. Otorgamiento de la autorización.

1. Corresponde al Director general de la Energía la concesión de las autorizaciones contempladas en este capítulo, con excepción de aquellas relativas a las instalaciones de primera categoría, que serán concedidas por el Ministro de Industria y Energía.

Autorizada la instalación radiactiva, el titular, conforme a lo dispuesto en la reglamentación vigente y de acuerdo con los límites y condiciones de la autorización, podrá proceder a su construcción y montaje.

2. Cuando la instalación esté en disposición de iniciar las operaciones, el titular comunicará el hecho al Consejo de Seguridad Nuclear a fin de que éste pueda realizar una visita de inspección. Una vez el Consejo haya estimado que la instalación puede funcionar en condiciones de seguridad, informará al Ministerio de Industria y Energía, al objeto de que éste emita una notificación para la puesta en marcha.

Si de la inspección del Consejo de Seguridad Nuclear se dedujera que la instalación no reúne las suficientes garantías de seguridad nuclear o protección radiológica y las anomalías no fueran corregidas por el titular de la autorización en el plazo que se señale, este organismo informará del hecho al Ministerio de Industria y Energía a fin de que se adopten las medidas que procedan.

3. Ninguna instalación radiactiva, regulada en este capítulo, podrá iniciar su funcionamiento antes de disponer de la notificación para la puesta en marcha, que facultará al titular para el inicio de las operaciones.

Artículo 40. Cambios y modificaciones.

Los cambios de titularidad y las modificaciones en el diseño, en las condiciones de explotación, o que afecten al condicionado de una instalación radiactiva requerirán autorización por el mismo trámite por el que fue concedida la autorización de funcionamiento.

Artículo 41. Desmantelamiento y clausura.

Será responsabilidad del titular de una instalación radiactiva el desmantelamiento y clausura de la misma.

La solicitud de declaración de clausura se acompañará de la siguiente documentación:

- a) Estudio técnico de la clausura, realizado en función de las características de la instalación, indicando el inventario de materiales y residuos radiactivos y de los aparatos productores de radiaciones ionizantes, así como su destino y las medidas tomadas para desmantelar y, en su caso, descontaminar la instalación.
- b) Informe económico, en el que se incluya el coste de la clausura y las previsiones de financiación de la misma.

Artículo 42. Declaración de clausura.

Una vez comprobada por el Consejo de Seguridad Nuclear la ausencia de sustancias radiactivas o equipos productores de radiaciones ionizantes y los resultados del análisis de contaminación en la instalación, emitirá un informe dirigido al Ministerio de Industria y Energía que expedirá la correspondiente declaración de clausura.

Los residuos radiactivos que se originen en las actividades médicas se registrarán por el Real Decreto 1349/2003, de 31 de octubre, sobre ordenación de las actividades de la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S. A. (ENRESA), y su financiación.

En su artículo 7 define el Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radiactivos.

1. El Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radiactivos, a que se refiere la disposición adicional sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, modificada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se dotará mediante los ingresos procedentes de las vías que se indican a continuación, incluidos los rendimientos financieros generados por aquéllos:

c) diactivas generadoras de residuos radiactivos en la medicina, industria, agricultura e investigación, mediante tarifas aprobadas por el Ministerio de Economía.

Instalaciones de Presión

Vienen reguladas por el Real Decreto 2060/2008 de 12/12, por el que se aprueba el reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (arts. 3 al 9 y anexo II).

- Las empresas instaladoras de equipos a presión deben estar inscritas en el Registro del órgano competente de la Comunidad Autónoma.
- La instalación requiere de proyecto realizado por técnico competente y visado por el correspondiente colegio oficial. En las instalaciones de menos riesgo no se requerirá de proyecto de instalación.
- La instalación de equipos a presión de las categorías I a IV (art. 9, Real Decreto 769/1999), deberá realizarse por empresas instaladoras inscritas en el registro correspondiente de la Comunidad Autónoma.
- Asimismo, podrán realizar las instalaciones los fabricantes o los usuarios si acreditan disponer de los medios técnicos y humanos que se determinan en el anexo I.
- Se requiere acreditación previa de las condiciones de seguridad de la instalación ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma.
- Antes de la puesta en servicio se deben realizar las pruebas en el lugar de emplazamiento.
- Todos los equipos a presión se someterán a las inspecciones periódicas que garanticen el mantenimiento de las condiciones técnicas y de seguridad. Estas inspecciones se realizarán por una empresa instaladora de equipos a presión, por el fabricante o por el usuario (si acreditan disponer

de los medios técnicos y humanos determinados en el anexo I), o por un OCA.

- Se dispondrá del correspondiente certificado de estas inspecciones.
- Las reparaciones deben ser realizadas por empresas reparadoras de equipos a presión inscritas en el correspondiente registro. Todo equipo reparado, debe ser sometido a una inspección por un OCA.
- Las modificaciones de un equipo a presión deben certificarse por una empresa reparadora de equipos a presión.
- Las modificaciones de instalaciones deben realizarse por empresas instaladoras de equipos a presión.
- Los usuarios de estos equipos deben tener: declaración de conformidad (si se requiere), instrucciones del fabricante, certificado de la instalación (si procede) y otra documentación acreditativa.

El mismo decreto aprobó la ITC EP-1: Calderas

Requisitos en aspectos relativos a equipos de presión.

Instalación por empresas instaladoras.

Presentación de Memoria técnica (para las de clase I) o proyecto (para las de clase II).

Si la presión máxima de servicio es inferior en más de un 10% de la presión máxima admisible, se requiere de certificado extendido por el fabricante o por un OCA.

Inspecciones periódicas, según anexo I de la ITC.

Reparaciones por empresas reparadoras autorizadas.

El Real Decreto 2060/2008 de 12 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias (arts. 3 al 9 y 13) regula lo siguiente:

No tendrá la consideración de instalación, la implantación de equipos a presión compactos móviles que no necesiten elementos fijos ni estén conectados a otros equipos a presión fijos, o de aquellos que para su funcionamiento sólo requieran de conexión eléctrica.

Obligaciones de los usuarios:

Conocer y aplicar las disposiciones e instrucciones del fabricante en lo referente a la utilización, medidas de seguridad y mantenimiento.

No poner en servicio la instalación o impedir el funcionamiento de los equipos a presión si no se cumplen los requisitos reglamentarios.

Disponer de la siguiente documentación:

- Declaración de conformidad.
- Instrucciones del fabricante.
- Certificado de instalación, si procede.
- Otra documentación acreditativa si procede: proyecto, acta de la última inspección periódica, certificaciones de reparaciones y modificaciones, etc.

Utilizar los equipos a presión dentro de los límites de funcionamiento previstos por el fabricante y retirarlos del servicio si dejan de disponer de los requisitos de seguridad necesarios.

Realizar el mantenimiento adecuado.

Ordenar la realización de las inspecciones periódicas.

Disponer y mantener al día un registro de los equipos a presión de las categorías I a IV del Real Decreto 769/1999, excepto los extintores y los equipos que no requieran de inspección técnica, incluyendo las fechas de realización de las inspecciones periódicas, así como las modificaciones o reparaciones.

Ordenar las reparaciones o modificaciones.

Informar de los accidentes que se produzcan al órgano competente de la Comunidad Autónoma.

4.7. Ruido

La Ley 37/2003 de 17/11, del Ruido (arts. 2, 7, 8, 9, 11 y 12) señala los siguientes aspectos:

Los valores límite de emisión de los diferentes emisores acústicos serán determinados por el Gobierno.

Clasificación de los emisores acústicos: vehículos automóviles, obras de construcción, actividades industriales, actividades comerciales, etc.

Los titulares de emisores acústicos, cualquiera que sea su naturaleza, están obligados a respetar los correspondientes valores límite.

El Gobierno regulará los métodos de evaluación para la determinación de los valores de los índices acústicos y de los correspondientes efectos de la contaminación acústica.

Las Administraciones competentes habrán de aprobar mapas de ruido, los cuales tendrán los siguientes objetivos:

- Permitir la evaluación global de la exposición a la contaminación acústica de una determinada zona.

- Permitir la realización de predicciones globales para dicha zona.
- Posibilitar la adopción fundada de planes de acción en materia de contaminación acústica y, en general, de las medidas correctoras que sean adecuadas.

El Real Decreto 1367/2007, de 19/11, por el que se desarrolla la ley 37/2003 de 17/11, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas. (Anexo II y III) expone lo siguiente:

Objetivos de calidad acústica para ruido aplicables a áreas urbanizadas existentes.

Sectores del territorio con predominio de suelo sanitario que requiera una especial protección contra la contaminación acústica: índices de ruido:

- 7.00 a 19.00=60 Ld
- 19.00 a 23.00=60 Le
- 23.00 a 7.00=50 Ln

Objetivos de calidad acústica para ruido aplicables al espacio interior habitable de hospitales.

Zona de estancia:

- 7.00 a 19.00=45 Ld
- 19.00 a 23.00=45 Le
- 23.00 a 7.00=35 Ln

Dormitorios:

- 7.00 a 19.00=40 Ld
- 19.00 a 23.00=40 Le
- 23.00 a 7.00=30 Ln

Objetivos de calidad acústica para vibraciones aplicables al espacio interior habitable de hospitales.: 72 Law (índice de vibración)

Valores límite de ruido transmitido a locales colindantes por actividades: Sanitario.

Zona de estancia:

- 7.00 a 19.00=40 Lkd
- 19.00 a 23.00=40 Lke
- 23.00 a 7.00=30 Lkn

Dormitorios:

- 7.00 a 19.00=35 Lkd
- 19.00 a 23.00=35 Lke
- 23.00 a 7.00=25 Lkn

La normativa autonómica la regula el Decreto 78/1999, de 27/5, por el que se regula el régimen de

protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid. (Art. 14 y 29).

Ningún tipo de maquinaria o instalación de climatización o ventilación forzada utilizada en el ámbito de la Comunidad de Madrid podrá superar en más de 4dB(A) los límites de emisión de ruido establecidos en las directivas de la Unión Europea que los regulan.

Límites máximos de nivel sonoro ambientales:

Áreas de sensibilidad acústica:

Ambiente exterior: Tipo I; área de silencio.

Ambiente interior: Tipo VII; área de vivienda.

Valores límite de emisión de ruido al ambiente exterior:

– 7:00 h – 23:00 h = 50 Laeq

– 23:00 h – 7:00 h = 40 Laeq

Valores límite de inmisión de ruido al ambiente interior:

Uso sanitario:

– 7:00 h – 23:00 h = 40 Laeq

– 23:00 h – 7:00 h = 30 Laeq

Valores límite transmisión de vibraciones al ambiente interior:

Uso sanitario:

– 7:00 h – 23:00 h = 1 K (parámetro de corrección)

– 23:00 h – 7:00 h = 1 K

Así mismo el Decreto 78/1999 de 27/5, por el que se regula e régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid. (Art. 31) estipula lo siguiente:

La instalación en edificios de cualquier sistema de aviso acústico como alarmas, sirenas y otros similares requerirá la autorización del Ayuntamiento correspondiente.

La solicitud de instalación deberá especificar: el titular del sistema, las características del mismo, el responsable de su instalación y desconexión y el plan de pruebas y ensayos iniciales y periódicos.

4.8. Aspectos potenciales

Derrame accidental de sustancias peligrosas:

R. D. 1416/2006 de 1/12. Por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP 06 “Procedimiento para dejar fuera de servicio los tanques de almacenamiento de productos petrolíferos líquidos” (Art. 1).

Tanques en desuso y que vayan a ser puestos fuera de servicio. Y que durante su vida útil hayan estado destinados al almacenamiento de productos petrolíferos líquidos. Con la excepción de los que hayan contenido PPL de las clases C o D y su capacidad no supere los 1000 litros.

Decreto 224/2001, regula el procedimiento a efectuar para dejar fuera de servicio tanques de almacenamiento de PPL de clases C y D. (Art. 2,3,4,5, Anexo 1, Disposición Transitoria

Estas operaciones para anular los tanques, serán realizadas por empresas reparadoras autorizadas que extenderán un certificado. Y según las instrucciones de la norma.

Real Decreto 1523/1999 de 1/10, se modifica el Reglamento de instalaciones petrolíferas. Cap. VIII.

Los almacenamientos de carburantes y combustibles líquidos serán inscritos en el registro de establecimientos industriales de la Comunidad Autónoma.

Revisiones y pruebas teóricas:

Instalaciones de superficie:

– Instalaciones que no requieren proyecto: 10 años

– Instalaciones que requieren proyecto: 5 años.

Instalaciones enterradas:

Según capacidad.

Inspecciones periódicas: Las instalaciones con proyecto: 10 años por un OCA

Real Decreto 379/2001 de 6/4, por el que se aprueba el Reglamento de almacenamiento de productos químicos y sus instrucciones técnicas complementarias. (Art. 3,4,6,7 y 9).

ITC MIE-APQ 7: “Almacenamiento de líquidos tóxicos” Sección 3 Art. 7,51,53,54,56).

Proyecto de instalación, ampliación, modificación o traslado. Redactado y firmado por técnico titulado competente. Comunicación de la puesta en servicio e inscripción en el registro de establecimientos industriales, presentando certificado suscrito por técnico titulado director de obra, en el que conste, que las instalaciones se han ejecutado y probado de acuerdo con el proyecto presentado, así como que cumplen las prescripciones contenidas en el RD.

Cada 5 años a partir de la puesta en servicio: presentar en el órgano competente de la Comunidad Autónoma certificado de OCA, donde se acredite la conformidad de las instalaciones con los preceptos de la instrucción técnica complementaria o,

en su caso, con los términos de la autorización prevista.

Se requiere póliza de seguro, con una cuantía por siniestro de 601.012,10 euros, actualizada anualmente.

Cada almacenamiento dispondrá de un plan de revisiones propias para comprobar la disponibilidad y buen estado de los equipos e instalaciones, que comprenderá la revisión periódica de los mismos.

Los recipientes de almacenamiento de líquidos tóxicos y los cubetos y sistema de drenaje, deberán ser sometidos, como mínimo, cada 5 años, a una revisión exterior, y cada 10 años, a una revisión interior.

Almacenamiento con 2 accesos independientes. El recorrido máximo a una vía de evacuación no superará los 25 metros. El suelo y los primeros 100 mm de las paredes alrededor de todo el recinto de almacenamiento deberá ser resistente y estanco al líquido.

Debe preverse, para caso de incendio, el drenado al lugar seguro de las aguas utilizadas para la extinción del mismo. Deben estar dotados con extintores.

No deberán almacenarse en la misma pila o estantería productos diferentes que presenten posible peligrosidad por su reactividad mutua. Cuando se almacenen líquidos de diferentes categorías en una misma pila o estantería se considerará todo el conjunto como un líquido de la categoría más tóxica.

Las instalaciones necesarias para la carga y descarga, se recogen en la Sección 4ª.

El control de efluentes se define en la Sección 5ª.

Las medidas de seguridad se definen en la Sección 6ª: ventilación, señalización.

Incendio.

Real Decreto 1942/1993 de 5/11, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones de Protección contra Incendios. (Art. 10,19 y Apéndice II).

La instalación de aparatos, equipos, sistemas y sus componentes, con excepción de los extintores portátiles, se realizará por instaladores debidamente autorizados y registrados por el órgano competente de la Comunidad de Madrid.

El mantenimiento y reparación de aparatos, equipos, sistemas y sus componentes empleados en la protección contra incendios deben ser realizados por mantenedores autorizados.

Los aparatos, equipos, sistemas y sus componentes se someterán a revisiones de conservación y al

programa de mantenimiento que se establecen en el apéndice II del Reglamento 1942/1993. (revisar tabla I y II))

Las revisiones que se establezcan con frecuencia de un año y de cinco años deben realizarse necesariamente por una empresa de mantenimiento de las autorizadas y registradas por el órgano competente de la CAM.

Tanto el mantenedor como el titular de la instalación conservarán constancia documental del cumplimiento del programa de mantenimiento preventivo.

Las actas de revisión estarán a disposición del organismo competente autonómico al menos durante cinco años.

Real Decreto 2267/2004 de 3/12 por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales. (Disposición transitoria única y Capítulo IV Art. 10 y 11).

El titular del establecimiento industrial deberá comunicar al órgano competente de la Comunidad de Madrid, en el plazo de 15 días, cualquier incendio que se produzca en el establecimiento industrial en el:

Que se produzcan daños personales que requieran atención médica externa.

Que ocasione una paralización total de la actividad industrial.

Que se ocasione una paralización parcial superior a 14 días de la actividad industrial.

Que resulten daños materiales superiores a 30.000 euros.

Orden 5710/2003 de 30/6, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, por la que se establece el procedimiento para el registro de instalaciones de prevención y extinción contra incendios. Conforme a lo establecido en el Decreto 38/2002, de 28 de febrero.

Esta Orden es de aplicación a las actividades existentes cuando cambien o modifiquen su actividad, se trasladen, amplien o reformen. También regula el procedimiento de participación de las Entidades de Inspección y Control Industrial (EICI) en el Registro de las Instalaciones de Protección contra Incendios incluidas en el Real Decreto 786/2001, de 6 de julio, en el que se establecen los requisitos de seguridad de las instalaciones contra incendios.

Ley 31/95 de 8 /11, de Prevención de Riesgos Laborales. (Art. 20).

El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios,

lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas.

Contaminación ocasional.

Real Decreto 9/2005, de 14/1, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados (Art.3).

Los titulares de las actividades del anexo I, deben remitir al órgano competente de la Comunidad de Madrid, en un plazo no superior a dos años, un informe preliminar de situación para cada uno de los suelos en los que se desarrolla dicha actividad, según el anexo II.

Los titulares de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados a remitir periódicamente al órgano competente de la Comunidad de Madrid, informes de situación, con el contenido y periodicidad determinados por el órgano competente.

Los propietarios de los suelos en los que se haya desarrollado en el pasado alguna actividad potencialmente contaminante estarán obligados a presentar un informe de situación cuando se solicite una licencia o autorización para el establecimiento de alguna actividad diferente de las actividades potencialmente contaminantes o que suponga un cambio de uso del suelo.

Prevención de la Legionella.

Las instalaciones que con mayor frecuencia se pueden encontrar contaminadas con Legionella y han sido identificadas como fuentes de infección son los equipos de enfriamiento de agua evaporativos, tales como las torres de refrigeración y los condensadores evaporativos, y los sistemas de distribución de agua caliente sanitaria con circuito de retorno, en todo

tipo de edificios públicos y privados, centros sanitarios, hospitales, polideportivos, centros de mayores y en hoteles. Por ello la importancia de mantenerlas en un correcto estado de mantenimiento, limpieza y desinfección según establece el R.D. 8657/2003 y el R.D. 140/2003.

REAL DECRETO 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis. Es el documento legislativo base, vigente, y de aplicación en todo el territorio español. Cabe señalar que es un documento del Ministerio de Sanidad y Consumo, dado que la legionelosis debe contemplarse como un problema de salud pública.

REAL DECRETO 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE). La necesidad de transponer la Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre, de eficiencia energética de los edificios y la aprobación del Código Técnico de la Edificación por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, han aconsejado redactar un nuevo texto que derogue y sustituya el vigente Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE), aprobado por Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio y que incorpore, además, la experiencia de su aplicación práctica durante los últimos años.

El nuevo Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios (RITE) que se aprueba por este real decreto es una medida de desarrollo del Plan de acción de la estrategia de ahorro y eficiencia energética en España (2005-2007) y contribuirá también a alcanzar los objetivos establecidos por el Plan de fomento de las energías renovables (2000-2010), fomentando una mayor utilización de la energía solar térmica sobre todo en la producción de agua caliente sanitaria.

CORRECCIÓN de errores del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios.

REAL DECRETO 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de calidad del agua de consumo humano. (BOE núm. 170, de 17 de marzo). Se establecen criterios de calidad del agua de consumo público, define el concepto de sustancia para tratamiento del agua y su clasificación, estableciendo que cada una de ellas deberá cumplir la norma UNE-EN. Dicho real decreto (en sus artículos 11, 14, 18 y 20) trata específicamente que el agua de la instalación interior de consumo humano deberá cumplir en todo momento con los parámetros y criterios establecidos en la legislación de aguas de consumo humano.

El RD 865/2003 clasifica las instalaciones según su riesgo.

1. Instalaciones con mayor probabilidad de proliferación y dispersión de Legionella:

- a) Torres de refrigeración y condensadores evaporativos.
- b) Sistemas de agua caliente sanitaria con acumulador y circuito de retorno.
- c) Sistemas de agua climatizada con agitación constante y recirculación a través de chorros de alta velocidad o la inyección de aire (spas, jakuzzis, piscinas, vasos o bañeras terapéuticas, bañeras de hidromasaje, tratamientos con chorros a presión, otras).
- d) Centrales humidificadoras industriales.

2. Instalaciones con menor probabilidad de proliferación y dispersión de Legionella:

- a) Sistemas de instalación interior de agua fría de consumo humano (tuberías, depósitos, aljibes), cisternas o depósitos móviles y agua caliente sanitaria sin circuito de retorno.
- b) Equipos de enfriamiento evaporativo que pulvericen agua, no incluidos en el apartado 2.1.
- c) Humectadores.
- d) Fuentes ornamentales.
- e) Sistemas de riego por aspersión en el medio urbano.
- f) Sistemas de agua contra incendios.
- g) Elementos de refrigeración por aerosolización, al aire libre.
- h) Otros aparatos que acumulen agua y puedan producir aerosoles.

3. Instalaciones de riesgo en terapia respiratoria:

- a) Equipos de terapia respiratoria.
- b) Respiradores.
- c) Nebulizadores.
- d) Otros equipos médicos en contacto con las vías respiratorias.

Artículo 3. Notificación de torres de refrigeración y condensadores evaporativos. Establece un mes para su notificación desde su instalación.

Artículo 4. Responsabilidad de los titulares de las instalaciones. La contratación de una empresa de mantenimiento no exime al titular de su responsabilidad en el mismo.

Artículo 5. Registro de operaciones de mantenimiento.

Los titulares deberán disponer de un registro de mantenimiento. El titular de la instalación podrá delegar la gestión de este registro en personas físicas o jurídicas designadas al efecto, que realizarán las siguientes anotaciones:

- a) Fecha de realización de las tareas de revisión, limpieza y desinfección general, protocolo seguido, productos utilizados, dosis y tiempo de actuación. Cuando sean efectuadas por una empresa contratada, ésta extenderá un certificado, según el modelo que figura en el anexo 2.
- b) Fecha de realización de cualquier otra operación de mantenimiento (limpiezas parciales, reparaciones, verificaciones, engrases) y especificación de éstas, así como cualquier tipo de incidencia y medidas adoptadas.
- c) Fecha y resultados analíticos de los diferentes análisis del agua.
- d) Firma del responsable técnico de las tareas realizadas y del responsable de la instalación.

El registro de mantenimiento estará siempre a disposición de las autoridades sanitarias responsables de la inspección de las instalaciones.

Artículo 6. Medidas preventivas: principios generales.

Las medidas preventivas se basarán en la aplicación de dos principios fundamentales: primero, la eliminación o reducción de zonas sucias mediante un buen diseño y el mantenimiento de las instalaciones y segundo evitando las condiciones que favorecen la supervivencia y multiplicación de Legionella, mediante el control de la temperatura del agua y la desinfección continua de la misma.

Para garantizar la eficacia de las medidas preventivas que se establecen en este Real Decreto, se estará a lo dispuesto en las siguientes disposiciones:

- a) El Real Decreto 3099/1977, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad para plantas e instalaciones frigoríficas.
- b) El Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios (RITE) y sus Instrucciones técnicas complementarias y se crea la Comisión Asesora para las Instalaciones Térmicas de los Edificios, que establece las condiciones que deben cumplir las instalaciones térmicas de los edificios (calefacción, climatización y agua caliente sanitaria), modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre.
- c) El Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

Con carácter complementario se tendrá en cuenta lo establecido en la Norma UNE 100030 IN Guía para la prevención y control de la proliferación y diseminación de *Legionella* en instalaciones.

La utilización de agua que no proceda de una red de distribución pública o privada requerirá la preceptiva concesión administrativa de aprovechamiento del recurso, emitida por la autoridad competente en materia de gestión del dominio público hidráulico.

Todos los vertidos, procedentes de cualquier limpieza y desinfección, deberán cumplir la legislación medioambiental vigente, especialmente en lo que se refiere a los límites máximos permitidos para vertidos a cauce público o alcantarillado conectado a sistema de saneamiento público, en función de la ubicación de cada instalación.

Artículo 7. Medidas preventivas específicas de las instalaciones. Se describen las medidas técnicas a tomar en los distintos tipos de instalaciones. deberán tener las siguientes características:

1. La instalación interior de agua de consumo humano deberá:

- a) Estanqueidad y correcta circulación del agua, evitar estancamiento, disponer de suficientes puntos de purga para vaciar completamente la instalación, permitirán la eliminación completa de los sedimentos.
- b) Disponer de sistemas de filtración según la norma UNE-EN 13443-1, equipo de acondicionamiento del agua en el interior de los edificios -filtros mecánicos- parte 1: partículas de dimensiones comprendidas entre 80 µm y 150 µm.
- c) Facilitar la accesibilidad a los equipos para su inspección, limpieza, desinfección y toma de muestras.
- d) Utilizar materiales capaces de resistir una desinfección mediante elevadas concentraciones de cloro o de otros desinfectantes o por elevación de temperatura, evitando aquellos que favorezcan el crecimiento microbiano y la formación de biocapa en el interior de las tuberías.
- e) Mantener la temperatura del agua en el circuito de agua fría lo más baja posible procurando, donde las condiciones climatológicas lo permitan, una temperatura inferior a 20 °C, para lo cual las tuberías estarán suficientemente alejadas de las de agua caliente o en su defecto aisladas térmicamente.
- f) Si la instalación dispone de depósitos, éstos estarán tapados con una cubierta impermeable que ajuste perfectamente y que permita el acce-

so al interior. Si están situados al aire libre estarán térmicamente aislados. Si utiliza cloro como desinfectante, se añadirá, si es necesario, al depósito mediante dosificadores automáticos.

- g) Asegurar una temperatura homogénea y evitar el enfriamiento de zonas interiores que propicien la formación y proliferación de la flora bacteriana.
- h) Disponer de válvulas de retención, según la norma UNE-EN 1717, que eviten retornos de agua cuando sea necesario para evitar mezclas de agua de diferentes circuitos, calidades o usos.
- i) Mantener la temperatura del agua por encima de 50 °C en el punto más alejado del circuito o en la tubería de retorno al acumulador. La instalación permitirá que el agua alcance una temperatura de 70 °C.

Cuando se utilice un sistema de aprovechamiento térmico en el que se disponga de un acumulador conteniendo agua que va a ser consumida y en el que no se asegure de forma continua una temperatura próxima a 60 °C, se garantizará posteriormente, que se alcance una temperatura de 60 °C en otro acumulador final antes de la distribución hacia el consumo.

2. Las torres de refrigeración y sistemas análogos:

- a) Estarán ubicados lejos de las personas y de las tomas de aire acondicionado o de ventilación.
- b) Los materiales resistirán la acción agresiva del agua y del cloro u otros desinfectantes para evitar la corrosión. Se evitarán materiales que favorecen el desarrollo de bacterias y hongos.
- c) Todos los equipos y aparatos sean fácilmente accesibles para su inspección, limpieza, desinfección y toma de muestras.
- d) Existirán suficientes puntos de purga para vaciar completamente la instalación y permitirán la eliminación de los sedimentos acumulados.
- e) Deberán disponer de sistemas separadores de gotas de alta eficiencia cuyo caudal de agua arrastrado será menor del 0,05 % del caudal de agua circulante.
- f) Deberán disponer de sistemas de dosificación en continuo del biocida.

3. En equipos de terapia respiratoria: Se reducirán al máximo los riesgos de diseminación de *Legionella* por equipos utilizados en terapia respiratoria: respiradores, nebulizadores, humidificadores y otros equipos que entren en contacto con las vías respiratorias.

El Artículo 8 define los programas de mantenimiento en las instalaciones.

Según el Artículo 10 la Inspección sanitaria podrá inspeccionar las instalaciones para cerciorarse de su estado y del cumplimiento de los requisitos de mantenimiento.

Los Artículos 11 al 13 definen las actuaciones ante la existencia de un brote por contaminación de una instalación.

El Artículo 14 estipula el régimen sancionador en leves, graves o muy graves.

El Anexo 3 describe detalladamente las operaciones de mantenimiento de las instalaciones interiores de ACS y agua fría de Consumo Humano.

El Anexo 4 promenoriza las operaciones de mantenimiento de las torres de refrigeración y condensadores evaporativos.

El Anexo 6 detalla las condiciones de toma de muestras para aislamiento de la legionella en las instalaciones.

5. Referencias

- Jeffrey Peirce, J; Ruth F. Weiner, Aarne Vesilind, P. Environmental pollution and control-4th ed. Butterworth-Heinemann. 1997.
- García Rubio, F. Manual de Administración y Legislación Ambiental de la Comunidad de Madrid. Editorial Montecorvo S.A. 2007.
- Bocanegra Morales, F. Manual de Seguridad Hospitalaria. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2010.
- Dirección General de Promoción y Disciplina Ambiental. Guía Práctica de Implantación de Sistemas de gestión Medioambiental en Centros Sanitarios. Madrid. Ed. Campomar, S. L., 2005.
- Seoane Calvo, M; Angulo Aguado, I. Manual de Gestión Ambiental de la Empresa: Sistema de Gestión Medioambiental, auditorías medioambientales, evaluación del impacto ambiental y otras estrategias. Mundi-Prensa Libros, S.A. 1999.
- Lozano Cutanda, B. Comentario Ley Responsabilidad Ambiental. Civitas Ediciones, S.L. 2008.
- Varios Autores. Manual de Gestión y Evaluación Medioambiental (ISO 14001/EMAS). Formación. Editorial CEP. 2007.
- Malagón Londoño, G; Galán Morera, R. Administración Hospitalaria 3ª Ed. Editorial Médica Panamericana. 2008.
- Declaración Medioambiental Hospital Clínico enero-diciembre 2008. (Sitio en Internet) Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename=DM08.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1266140654798&ssbinary=true> (Acceso febrero 2010).
- Memoria de sostenibilidad 2004-2007. Hospital Clínico San Carlos (Sitio en Internet). Disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename=Memoria+de+sostenibilidad.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220438220424&ssbinary=true> (Acceso Octubre 2009).
- Sitio Web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Comunidad de Madrid. Normativa.
- Sitio Web del Ministerio de Medio Ambiente Medio Rural y Marino. Legislación. Área de Medio Ambiente.
- LEY 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. BOE número 241 de 8/10/1998, páginas 33517 a 33549.
- LEY 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. BOE número 275 de 16/11/2007, páginas 46962 a 46987.
- LEY 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. BOE número 276 de 18/11/2003, páginas 40494 a 40505.
- ORDEN 1433/2007, de 7 de junio, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueba la Estrategia de Calidad del Aire y Cambio Climático de la Comunidad de Madrid 2006-2012. Plan Azul. BOCM nº de 30/06/2007. páginas 1 a 120.
- ORDEN 2726/2009, de 16 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se regula la gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad de Madrid. BOCM número 186 de 7 de agosto de 2009. páginas de 4 a 12.
- ORDEN 2770/2006, de 11 de agosto, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se procede al establecimiento de niveles genéricos de referencia de metales pesados y otros elementos traza en suelos contaminados de la Comunidad de Madrid. BOCM número 204 de 28 de agosto de 2006.
- Orden de 6 de julio de 1984 por la que se Aprueban las Instrucciones Técnicas Complementarias del Reglamento sobre Condiciones Técnicas y Garantías de Seguridad en Centrales Eléctricas, Subestaciones y Centros de Transformación. BOE número 183 de 1/8/1984, páginas 22350 a 22376.
- Orden de 9 de marzo de 1994 por la que se modifica el apartado 3.2.1 de la Instrucción Técnica Complementaria ITC-MIG-5.1 del Reglamento de Redes y Acometidas de Combustibles Gaseoso. BOE número 68 de 21/3/1994, páginas 9189 a 9189.
- Orden de 15 DE diciembre de 1988, por la que se Aprueban Diversas Instrucciones Técnicas Complementarias del Reglamento de Aparatos que Utilizan gas como Combustible. BOE número 310 de 27/12/1988, páginas 36193 a 36199.

- Orden de 15 de febrero de 1991, por la que se modifican las Instrucciones Técnicas Complementarias MIE-AG 6 y MIE-AG 11 del Reglamento de Aparatos que utilizan gas como combustible para adaptarla al proceso técnico. BOE número 49 de 26/2/1991, páginas 6537 a 6537.
- Orden de 17 de noviembre de 1988 por la que se Modifica el Plazo de Entrada en Vigor de las Instrucciones Técnicas Complementarias MIE-AG 1 Y MIE-AG 2 del Reglamento de Aparatos que Utilizan Gas como Combustible. BOE número 286 de 29/11/1988, páginas 33768 a 33768.
- Orden de 18 de noviembre de 1974 (INDUSTRIA) por la que se Aprueba el Reglamento de Redes y Acometidas de Combustibles Gaseosos. BOE número 292 de 6/12/1974, páginas 24840 a 24857.
- Orden de 18 de octubre de 1976 sobre Prevención y Corrección de la Contaminación Industrial de la Atmósfera. BOE número 290 de 3/12/1976, páginas 24097 a 24117.
- ORDEN de 21 de octubre de 1999 por la que se establecen las condiciones para la no aplicación de los niveles de concentración de metales pesados establecidos en el artículo 13 de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, a las cajas y paletas de plástico reutilizables que se utilicen en una cadena cerrada y controlada. BOE número 265 de 5/11/1999, páginas 38762 a 38763.
- Orden de 26 de octubre de 1983 por la que se Modifica la Orden del Ministerio de Industria de 18 de noviembre de 1974 que Aprueba el Reglamento de Redes y Acometidas de Combustibles Gaseosos. BOE número 267 de 8/11/1983, páginas 30150 a 30171.
- Orden de 29 de mayo de 1998 por la que se Modifican las Instrucciones Técnicas Complementarias MIG-R.7.1 Y MIG-R.7.2 del Reglamento de Redes y Acometidas de Combustibles Gaseosos. BOE número 139 de 11/6/1998, páginas 19292 a 19293.
- Orden de 30 de julio de 1990, por la que se modifica la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AG 7, del Reglamento de Aparatos que utilizan gas como combustible, para adaptarla al progreso técnico. BOE número 189 de 8/8/1990, páginas 23218 a 23219.
- ORDEN MAM/1873/2004, de 2 de junio, por la que se aprueban los modelos oficiales para la declaración de vertido y se desarrollan determinados aspectos relativos a la autorización de vertido y liquidación del canon de control de vertidos regulados en el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, de reforma del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. BOE número 147 de 18/6/2004, páginas 22333 a 22384.
- Ordenanza Municipal para la Gestión de Residuos Sólidos y Regulación de la Limpieza Viaria. Ayuntamiento de Guadarrama. BOCM núm. 92 (F-I), de 20 de abril de 1998.
- Modificación de 8 de octubre de 2002 de la Ordenanza Municipal para la Gestión de Residuos Sólidos y Regulación de la Limpieza Viaria. Ayuntamiento de Guadarrama. BOCM núm. 247 de 17 de octubre de 2002.
- Plan Hidrológico del Tajo.
- REAL DECRETO 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. BOE número 15 de 18 de enero de 2005. páginas 1833 a 1843.
- REAL DECRETO 228/2006, de 24 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1378/1999, de 27 de agosto, por el que se establecen medidas para la eliminación y gestión de los policlorobifenilos, policloroterfenilos y aparatos que los contengan. BOE número 48 de 25 de febrero de 2006. páginas 7781 a 7788.
- REAL DECRETO 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. BOE número 135 de 6 de junio de 2003. páginas 22071 a 22096.
- Real Decreto 849/1986 de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985 de 2 de agosto de Aguas. BOE número 103 de 30 de abril de 1986. páginas 15500 a 15537.
- REAL DECRETO 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. BOE número 14 de 16/1/2008, páginas 3141 a 3149.
- REAL DECRETO 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición. BOE número 38 de 13/2/2008, páginas 7724 a 7730.
- REAL DECRETO 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos. : BOE número 37 de 12/2/2008, páginas 7399 a 7410.
- REAL DECRETO 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos. BOE número 49 de 26/2/2005, páginas 7112 a 7121.
- Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, por el que se adaptan determinadas disposiciones en materia de energía y minas a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE número 67 de 18/3/2010, páginas 26620 a 26634.
- REAL DECRETO 276/1995, de 24 de febrero, por el que se Modifica el REAL DECRETO 1428/1992, de Aplicación de la Directiva 90/396/CEE, Sobre Aparatos de Gas. BOE número 73 de 27/3/1995, páginas 9421 a 9424.

- Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio. BOE número 75 de 27/3/2010, páginas 29028 a 29057.
- REAL DECRETO 379/2001, de 6 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de almacenamiento de productos químicos y sus instrucciones técnicas complementarias MIE APQ-1, MIE APQ-2, MIE APQ-3, MIE APQ-4, MIE APQ-5, MIE APQ-6 y MIE APQ-7. BOE número 112 de 10/5/2001, páginas 16838 a 16929.
- Real Decreto 419/1993, de 26 de marzo, por el que se actualiza el importe de las sanciones establecidas en el artículo 109 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y se modifican determinados artículos del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. BOE número 89 de 14/4/1993, páginas 10783 a 10785.
- REAL DECRETO 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. BOE número 135 de 6/6/2003, páginas 22071 a 22096.
- REAL DECRETO 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. BOE número 135 de 6/06/2003. páginas 22071 a 22096.
- Real Decreto 697/1995, de 28 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal. BOE número 128 de 30/5/1995, páginas 15688 a 15698.
- REAL DECRETO 717/1987, de 27 de mayo, por el que se Modifica Parcialmente el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y se Establecen Nuevas Normas de Calidad del Aire en lo Referente a Contaminación por Dióxido de Nitrógeno y Plomo. BOE número 135 de 6/6/1987, páginas 17046 a 17048.
- REAL DECRETO 769/1999, de 7 de mayo, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 97/23/CE, relativa a los equipos de presión y se modifica el Real Decreto 1244/1979, de 4 de abril, que aprobó el Reglamento de aparatos a presión. BOE número 129 de 31/5/1999, páginas 20532 a 20559.
- Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. : BOE número 104 de 1/5/1998, páginas 14701 a 14716.
- Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, Básica de Residuos tóxicos y Peligrosos. : BOE número 182 de 30/7/1988, páginas 23534 a 23561.
- REAL DECRETO 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión. BOE número 224 de 18/9/2002, páginas 33084 a 33086.
- Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis. BOE número 171 de 18/7/2003, páginas 28055 a 28069.
- REAL DECRETO 909/2001, de 27 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis. : BOE número 180 de 28/7/2001, páginas 27750 a 27759.
- REAL DECRETO 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11. BOE número 211 de 4/9/2006, páginas 31576 a 31632.
- REAL DECRETO 952/1997, de 20 de junio, por el que se Modifica el Reglamento para la Ejecución de la LEY 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, Aprobado Mediante REAL DECRETO 833/1988, de 20 de julio. BOE número 160 de 5/7/1997, páginas 20871 a 20880.
- REAL DECRETO 995/2000, de 2 de junio, por el que se fijan objetivos de calidad para determinadas sustancias contaminantes y se modifica el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. BOE número 147 de 20/6/2000, páginas 21558 a 21562.
- Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios. : BOE número 207 de 29/8/2007, páginas 35931 a 35984.
- REAL DECRETO 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno, óxidos de nitrógeno, partículas, plomo, benceno y monóxido de carbono. : BOE número 260 de 30/10/2002, páginas 38020 a 38033.
- REAL DECRETO 1154/1986, de 11 de abril, Sobre Declaración por el Gobierno de Zonas de Atmósfera Contaminada, Modificando Parcialmente el REAL DECRETO 1613/1985, de 1 de agosto. BOE número 146 de 19/6/1986, páginas 22384 a 22384.
- REAL DECRETO 1244/1979, de 4 de abril, por el que se Aprueba el Reglamento de Aparatos a Presión. : BOE número 128 de 29/5/1979, páginas 11839 a 11844.
- Real Decreto 1304/2009, de 31 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante el depósito en vertedero. : BOE número 185 de 1/8/2009, páginas 65671 a 65672.

- Real Decreto 1315/1992, de 30 de octubre, por el que se modifica parcialmente el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. BOE número 288 de 1/12/1992, páginas 40563 a 40565.
- REAL DECRETO 1427/1997, de 15 de septiembre, por el que se Aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MI-IP 03 «INSTALACIONES PETROLIFERAS PARA USO PROPIO». BOE número 254 de 23/10/1997, páginas 30586 a 30610.
- Real Decreto 1428/1992, de 27 de noviembre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/936/CEE sobre aparatos de gas. BOE número 292 de 5/12/1992, páginas 41524 a 41532.
- REAL DECRETO 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero. BOE número 25 de 29/1/2002, páginas 3507 a 3521.
- REAL DECRETO 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental. BOE número 301 de 17/12/2005, páginas 41356 a 41363.
- REAL DECRETO 1523/1999, de 1 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones petrolíferas, aprobado por Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, y las instrucciones técnicas complementarias MI-IP03, aprobada por el Real Decreto 1427/1997, de 15 de septiembre, y MI-IP04, aprobada por el Real Decreto 2201/1995, de 28 de diciembre. BOE número 253 de 22/10/1999, páginas 37164 a 37213.
- REAL DECRETO 1613/1985, de 1 de agosto, por el que se Modifica Parcialmente el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y se Establecen Nuevas Normas de Calidad del Aire en lo Referente a Contaminación por Dióxido de Azufre y Partículas. BOE número 219 de 12/9/1985, páginas 28797 a 28799.
- Real Decreto 1826/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio. : BOE número 298 de 11/12/2009, páginas 104924 a 104927.
- Real Decreto 1853/1993, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones de gas en locales destinados a usos domésticos, colectivos o comerciales. : BOE número 281 de 24/11/1993, páginas 33010 a 33040.
- Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias. BOE número 31 de 5/2/2009, páginas 12297 a 12388.
- Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Petrolíferas. BOE número 23 de 27/1/1995, páginas 2591 a 2627.
- REAL DECRETO 2526/1998, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal, aprobado por Real Decreto 697/1995, de 28 de abril. BOE número 304 de 21/12/1998, páginas 42877 a 42877.
- Real Decreto 3099/1977, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad para Plantas e Instalaciones Frigoríficas. BOE número 291 de 6/12/1977, páginas 26773 a 26777.
- REAL DECRETO 3275/1982, de 12 de noviembre, Sobre Condiciones Técnicas y Garantías de Seguridad en Centrales Eléctricas y Centros de Transformación. BOE número 288 de 1/12/1982, páginas 33063 a 33065.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. BOE número 176 de 24/7/2001, páginas 26791 a 26817.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. BOE número 23 de 26/1/2008, páginas 4986 a 5000.
- Reglamento (CE) nº 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono. DOUE número 286 de 31/10/2009, páginas 1 a 30.
- Reglamento (CE) nº 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono. DOUE número 244 de 29/9/2000, páginas 1 a 24.
- RESOLUCIÓN de 13 de enero de 2000, de la Secretaría General de Medio Ambiente, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 7 de enero de 2000, por el que se aprueba el Plan Nacional de Residuos Urbanos. BOE número 28 de 2/2/2000, páginas 4810 a 4829.
- Resolución de 27 de noviembre de 2009, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se hace público el Acuerdo de 13 de noviembre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se procede a la rectificación de los plazos establecidos en la estrategia de residuos, aprobada por Acuerdo de 18 de octubre de 2007, del Consejo de Gobierno, relativos al Plan Regional de Residuos Urbanos de la Comunidad de Madrid. BOCM 292 de 9 de diciembre de 2009. páginas 64 a 65.

La incapacitación: aspectos médicos

Oscar Gómez Martín

1. Justificación
2. Introducción
 - 2.1. Concepto de capacidad vs incapacidad
 - 2.2. Procedimiento de incapacitación
 - 2.3. La sentencia de incapacidad
 - 2.4. Medidas cautelares
3. Objetivos
4. Metodología
5. Resultados
 - 5.1. Fundamentos teóricos y bases clínicas de la prueba pericial en los procesos de incapacitación
 - 5.2. Estudio descriptivo retrospectivo sobre los motivos y resultados de los procesos de incapacitación judicial de la Fundación Tutelar de Madrid (FUTUMAD)
6. Discusión de resultados
7. Conclusión
8. Bibliografía

Agradecimientos

A la Fundación Tutelar de Madrid (FUTUMAD), representada por su Gerente, Marta Sunyer, por la cesión de las sentencias y por su aportación bibliográfica.

A Silvia Roó, por su ayuda en la comprensión del proceso de incapacitación y los «intrínquilis» judiciales.

A Fernando Caballero Martínez, por su inestimable ayuda en el procesamiento y análisis de los datos estadísticos.

1. Justificación

El procedimiento de incapacidad se tramita en un juzgado con la intención de proteger a las personas que pierden la capacidad de obrar, por no poseer una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la administración de sus bienes.

Durante el procedimiento, tiene un valor muy importante el informe pericial médico. En el ámbito del ejercicio de la medicina, la mayoría de los clínicos desconocen el proceso pericial requerido, las circunstancias valoradas y los resultados de los procesos judiciales de incapacidad en los pacientes que atienden en su práctica habitual.

Igualmente la información clínico-epidemiológica de las personas sometidas a procesos de incapacidad es poco conocida entre los profesionales sanitarios.

Estos son los principales motivos que justifican el presente trabajo, en el que se efectúa una revisión de la incapacidad y su procedimiento judicial, se describen los criterios clínicos que deben emplearse en la elaboración de un informe pericial de incapacidad, se analizan las causas clínicas que inician los procesos de incapacidad y se exponen los resultados de los procesos de una amplia muestra de sentencias reales de juzgados de nuestra comunidad.

2. Introducción

2.1. Concepto de Capacidad vs Incapacidad

Toda persona, por el hecho de serlo y desde su nacimiento tiene **capacidad jurídica**, independientemente de la edad o de la salud física o psíquica. Por tanto, toda persona, en virtud de esta capacidad puede ser titular de derechos y de obligaciones, aunque estuviera incapacitada. Por ejemplo, una persona incapacitada podrá ser propietaria de una vivienda y tener la obligación de pagar el impuesto de bienes inmuebles, lo que no podrá es alquilarla o venderla.

Para poder ejercer estos derechos y cumplir con las obligaciones es necesario la **capacidad de obrar**. La capacidad de obrar la tienen todas las personas mayores de edad, siempre que no sean privadas de ella, parcial o totalmente, mediante la incapacidad.

Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial [art. 199 del Código Civil (CC)].

La **incapacidad** es una situación de hecho, provocada por una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente, que impide a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC).

La incapacidad debe entenderse en sentido positivo, pues tiene por finalidad posibilitar que una persona sin capacidad, o con su capacidad disminuida, pueda actuar a través de sus representantes legales o con la debida asistencia.

La finalidad de la incapacidad va encaminada en todo momento a la protección de la persona y su patrimonio.

2.2. Procedimiento de Incapacidad

La incapacidad se encuentra regulada por los artículos 199, 200 y 201 del Código Civil, reformado por la Ley 13/1983 de Reforma del Código Civil, de 24 de octubre de 1983.

Los 2 primeros artículos referenciados anteriormente y el tercero que se refiere a la incapacidad de menores de edad, que podrá ser cuando concurra causa de incapacidad y que ésta se prevea persista después de la mayoría de edad.

La normativa aplicable al procedimiento aparece en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), de 7 de enero de 2000, artículos 756 a 762.

La competencia para tramitar las demandas de incapacidad será del juez de primera instancia del lugar en el que resida la persona presuntamente incapaz (art. 756 LEC).

El artículo 757 regula la legitimación de los procesos, distinguiéndose 2 supuestos:

- *Si el presunto incapaz es mayor de edad*, están legitimados para pedir la declaración de incapacidad el cónyuge o quien se encuentra en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos.

El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacidad si las personas mencionadas no existieran o no la hubieran solicitado.

Igualmente, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser determinantes de la incapacidad. Las autoridades y cargos públicos que conocieran una posible causa de incapacidad de una persona están obligadas a comunicárselo al Ministerio Fiscal.

- *Si el presunto incapaz es menor de edad*, sólo estarán legitimados quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

El procedimiento podrá iniciarse mediante abogado y procurador, que interpondrá la demanda ante el juzgado o mediante solicitud dirigida a la fiscalía del domicilio del presunto incapaz. En este caso será el Ministerio Fiscal el que a la vista de los documentos facilitados, interponga la demanda si apreciara indicios suficientes.

En cualquiera de los dos casos, el procedimiento se inicia mediante un escrito de demanda en el que se pone en conocimiento del Juez la existencia de una persona con presunta falta de capacidad y en el que también se puede solicitar que se le nombre un representante legal o medidas cautelares de protección del presunto incapaz (art. 762 LEC).

La demanda se notifica a la persona que se pretende incapacitar en su domicilio, para que pueda contestarla en el plazo de 20 días (art.753 LEC). Si en ese plazo no realiza gestión alguna, el Ministerio Fiscal solicitará que se le nombre un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador y asuma la defensa a través de abogado.

El art. 758 de la LEC faculta al presunto incapaz a comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, si no fuera así sería defendido por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando no fuera el promotor de la demanda, en cuyo caso, y si careciera de bienes, podría solicitarse el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

El art. 759 constituye el núcleo del procedimiento de incapacitación y hace referencia a las pruebas y audiencias preceptivas que se deberá desarrollar durante el juicio verbal (art. 753 LEC), con la intención de evaluar la enfermedad o deficiencia del presunto incapaz, su persistencia y su incidencia en la capacidad de autogobierno.

El tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios, pero **nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico (art. 753 LEC).**

Pruebas preceptivas que se practican durante el proceso:

- **Prueba documental:** son los documentos que se aportaron en su día con la demanda: certificado literal de nacimiento, informes sociales, informes médicos, certificado de minusvalía y cualquier otro que pudiera tener relevancia.
- **Audiencia a los parientes más próximos:** prueba testifical que conmina al juez a que oiga, pregunte, interroge y extraiga la mayor información posible de los parientes que han convivido o se han relacionado con el presunto incapaz, con el objeto

de obtener el perfil social, de comportamiento y psicológico del individuo.

- **Examen del presunto incapaz por el Juez:** el Juez que dicte la sentencia deberá personalmente realizar esta diligencia, con la finalidad de recabar información en torno a la persona, sobre el alcance de su deficiencia psíquica y de su efectiva y eventual capacidad de autogobierno.
- **Dictámenes periciales:** el Juez acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Al no precisar sobre los dictámenes periciales, podrían presentarse periciales de no facultativos, pero el art. 759.1 finaliza de la siguiente forma «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal», por lo que en la mayoría de los procedimientos esta prueba la realiza el Médico Forense o un perito médico, especialista en la materia.

El informe pericial es un elemento esencial para el Juez a la hora de determinar el grado de discernimiento y autogobierno de la persona presuntamente incapaz, por lo que deberá ser lo más objetivo posible.

2.3. La sentencia de incapacitación

Practicadas todas las pruebas y celebrada la vista, el Juez dictará sentencia en la que se determinará la extensión y límites de la incapacitación solicitada y establecerá el régimen de guarda al que el incapaz debe quedar sometido (art. 760 LEC).

De acuerdo con las pruebas practicadas la sentencia declarará la **incapacidad total**, en el caso de que se aprecie que el demandado no es capaz de cuidar de su persona, ni de administrar sus bienes.

Se declarará la **incapacidad parcial**, cuando se estime que el demandado puede realizar determinados actos por sí sólo y que es capaz de adoptar algunas decisiones que atañen a su persona, pero que para actos de mayor trascendencia o complejidad necesita la ayuda de otra persona. En este caso la sentencia deberá especificar qué puede realizar por sí mismo y cuáles necesitan ayuda.

En la misma sentencia se determinará el régimen de guarda, que en el caso de la incapacidad total podrá ser de **tutela**, pudiendo designar a la persona que debe ejercer tal cargo para representar y velar por el incapaz (**tutor**).

Si la incapacitación es parcial, se determinará **curatela**, designando al **curador**, que será la per-

sona encargada sólo de la asistencia al incapaz en los actos que el no pueda realizar por sí sólo. Si la sentencia no especificara los actos en que debe ser necesaria la intervención del curador, estarán sujetos a curatela los actos principales de gestión patrimonial (como enajenación de bienes inmuebles), cesión de bienes en arrendamiento por más de 6 años, disposición de bienes o derechos a título gratuito, entre otros.

La regulación de la tutela y la curatela la hace el Código Civil en su Título X, artículos 215 a 293

Siempre que no vivan los padres de una persona incapacitada, o aun viviendo no convivan con el incapaz o estén privados de la patria potestad, se nombrará tutor.

Si los padres han fallecido, deberá acreditarse con los correspondientes certificados de defunción. Si los padres hubieran otorgado testamento y en el se hubiera nombrado tutor del incapaz, el Juez deberá respetar dicha última voluntad.

Si los padres fallecidos no han otorgado testamento, o no han nombrado tutor en el mismo del incapaz, la ley establece una prelación de personas llamados a ser tutores, por orden de preferencia son: el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del incapaz.

Excepcionalmente, y por resolución motivada, el Juez puede saltarse este orden y nombrar tutor a la persona que considere más idónea.

En ocasiones, fallecidos los padres, la persona incapacitada no tiene familia, o teniéndola, no quiere o no puede hacerse cargo de la tutela, para estos casos se podrá designar tutor a una persona jurídica, siempre que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (Asociaciones, Fundaciones, etc.).

La **autotutela**, es una nueva figura que consiste en la oportunidad que tiene una persona capaz de obrar, para adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación.

La autotutela se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, de 18 de noviembre de 2003, con la pretensión de mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En este sentido, se modifica la legislación civil estableciendo las siguientes posibilidades:

- Otorgar documento público notarial, adoptando cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Es decir, cualquier persona con capacidad de obrar

puede acudir al Notario y dejar dispuesto en una escritura pública quién quiere que sea su tutor, dónde quiere ser asistido o residir, o cómo deben administrarse sus bienes, en el supuesto de que resulte incapacitado. Esta posibilidad puede resultar muy importante, sobre todo en el caso de enfermedades degenerativas.

- Designar a la persona que ha de ser su tutor. Se modifica el orden de preferencia para el nombramiento de tutor, estableciendo en primer lugar al designado por el propio tutelado en escritura pública. El Juez podrá prescindir de la persona designada, cuando hayan sobrevenido nuevas circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación, y así convenga al interés del incapacitado.
- Otorgar mandato para el caso de incapacidad del mandante. Se introducen cambios en la regulación del contrato del mandato, haciendo posible que el poder dado por una persona capaz a favor de otra subsista, aún cuando quien lo hubiera otorgado sea incapacitado con posterioridad, siempre que el mandato contenga esta disposición de manera expresa.

En el caso de que el demandado sea menor de edad y conviva con los padres o uno de ellos, el Juez que aprecie la incapacidad declarará **prorrogada la patria potestad** a favor de los progenitores para cuando el hijo alcance la mayoría de edad.

Se establecerá **rehabilitación de la patria potestad** si el incapaz es mayor de edad, soltero y vive con sus progenitores.

En estos casos, las funciones de los padres son las mismas que si el hijo fuera menor, representándolo legalmente, administrando sus bienes y procurándole los cuidados y la atención necesarios.

La patria potestad cesa si fallecen los padres, si se modifica la sentencia de incapacitación y al contraer matrimonio el incapaz. Pero si al cesar la patria potestad el hijo continúa incapaz, se constituirá tutela o curatela.

La incapacitación no es para toda la vida, pudiendo ser reversible, o modificable en el grado de incapacidad. Sobrevenidas nuevas circunstancias que varíen el grado de autogobierno de la persona, siempre que tengan cierta permanencia, se podrán instar los procesos de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacidad (art. 761 LEC).

Además, tanto si se declara la incapacidad total como parcial, existen algunos derechos personales que el incapacitado conserva, siempre que la sentencia no le prive de ellos expresamente, son:

- Derecho de sufragio, si la sentencia no declara lo contrario, el incapaz podrá votar. Este derecho si suele reflejarse en la mayoría de las sentencias.
- Facultad de hacer testamento notarial, si la sentencia no se pronuncia sobre esta cuestión, el notario podrá autorizar el otorgamiento de testamento después de ser valorado por 2 facultativos que respondan de su capacidad.
- Derecho a contraer matrimonio, la incapacidad no impide la celebración del matrimonio civil, corresponderá al juez encargado del registro civil apreciar si el contrayente tiene la capacidad para prestar consentimiento, previo informe médico.

2.4. Medidas cautelares

Desde el momento que se conoce una posible causa de incapacidad de una persona, existe un procedimiento por el cual se puede conseguir la inmediata protección de la persona y/o de sus bienes, sin tener que esperar a que se dicte sentencia de incapacidad.

Cuando las circunstancias lo requiera se comunicará al tribunal competente, que en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posibles causas de incapacidad, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio (art. 762 LEC). El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas de protección que estime pertinentes.

Dichas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacidad.

Las medidas cautelares que pueden aplicarse son:

- Internamiento involuntario en centro médico-psiquiátrico.
- Seguimiento de un tratamiento médico adecuado.
- Aseguramiento de la prestación de alimentos.
- Nombramiento de un administrador provisional de los bienes.
- Indisponibilidad de las cuentas bancarias.
- Depósito de los bienes muebles o valores mobiliarios en un establecimiento.
- Anotación preventiva de la demanda en le Registro de la Propiedad, ...

Las medidas se acordarán previa audiencia de las partes afectadas, según regula la LEC en los artículos 734 a 736.

3. Objetivos

Objetivo General:

- Revisar el procedimiento teórico de peritaje clínico necesario para llevar a cabo una demanda de incapacidad, y conocer el desenlace real de estos procedimientos en las sentencias firmes de la práctica jurídica madrileña.

Objetivos específicos:

1. Describir los criterios clínicos que deben tomarse en consideración en la elaboración de los informes periciales de incapacidad, en base al criterio experto actual identificable en la bibliografía especializada.
2. Describir las causas clínicas que inician los procesos de incapacidad y sus resultados finales, a través del análisis de sentencias reales de Juzgados de nuestra Comunidad.

4. Metodología

La metodología a seguir para conseguir los objetivos planteados es específica para cada uno de ellos:

Para el primer objetivo se realiza una revisión bibliográfica narrativa sobre los criterios clínicos que deben orientar la elaboración de los informes periciales de incapacidad y determinar sus conclusiones. Con tal fin, se han revisado las siguientes recopilatorios bibliográficos de las siguientes datos habituales: Pubmed®, Blackwell Sinergy®, Aranzadi Westlaw®, Tirant on line®. Las palabras clave empleadas han sido: incapacidad, incapacidad, evaluación de la capacidad, peritaje, informe pericial.

A través del análisis comparativo de la información recopilada se describirán los métodos de valoración de las capacidades, la sistemática pericial y las características del informe pericial probatorio de incapacidad para el procedimiento judicial de incapacidad.

Para el segundo objetivo (*Describir las causas clínicas que inician los procesos de incapacidad y sus resultados en nuestro medio*), se ha realizado un estudio descriptivo retrospectivo, sobre el archivo documental de sentencias de incapacidad de casos activos de la Fundación Tutelar de Madrid (FUTUMAD).

Para ello, se ha tenido libre acceso a toda la base documental citada, previa anonimización de los datos de carácter personal accesibles en dichas sentencias, y se ha podido recoger información suficiente de todos los casos, de tal forma que la muestra de estudio y la población diana son coincidentes. El tamaño de esta población de estudio ha sido de 111 sentencias de incapacitación.

Se recogieron datos generales de las sentencias (fecha, localidad del juzgado y número), datos demográficos (sexo y edad en la fecha de la sentencia de los demandados), causas diagnósticas, grados de incapacitación, extensiones y medidas de protección.

El análisis de los datos se ha realizado mediante el paquete integrado SPSS-W, efectuándose un análisis descriptivo de los datos mediante tabulación, descriptores estadístico y gráficos al uso: tablas de frecuencia y gráficos de barras/sectores para valores cualitativos, y estadísticos de centralización de dispersión y gráficos de distribución (histogramas) para valores cuantitativos. Además, se analiza la existencia de posibles asociaciones entre variables categóricas de interés, mediante el test chi al cuadrado, considerando significativos valores con nivel $p < 0,05$.

5. Resultados

5.1. Fundamentos teóricos y bases clínicas de la prueba pericial en los procesos de incapacitación

La **capacidad** es un concepto jurídico, como se ha visto en el inicio de la introducción, por lo que su determinación corresponde sólo a la autoridad judicial, si bien, la decisión que tome el Juez estará basada en los datos aportados por el médico en el informe pericial correspondiente.

En la práctica clínica, el médico podrá emitir un juicio clínico, después de la evaluación correspondiente, sobre la capacidad del presunto incapaz para desarrollar una determinada actividad, siendo exclusivamente competencia del Juez el estatus legal.

Por tanto, el informe pericial es la prueba fundamental del procedimiento de incapacitación, será en el que se basará el Juez para dictar sentencia, además de las otras pruebas preceptivas del procedimiento.

Para que el Juez pueda emitir una sentencia de incapacitación a un paciente (presunto incapaz), el primer requisito es que se deberá constatar que

presente una «*enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que impida a la persona gobernarse por sí mismo*» (art. 200 CC). Por este motivo la primera aproximación del juicio clínico del médico será el diagnóstico de enfermedad o deficiencia.

Las causas de incapacitación no son muy variadas, los tres grupos diagnósticos más prevalentes son retraso mental, trastorno psicótico y demencia, según concluye Santiago Delgado en el análisis de 125 valoraciones medico-legales de pacientes pendientes de demanda de incapacitación y datos muy similares hemos obtenido en nuestro análisis de sentencias que veremos más adelante.

Aunque estas enfermedades podemos considerar que incapacitan por sí mismas, su diagnóstico no implicaría una incapacitación total, se precisa una exploración detallada de las capacidades y sobre todo de la capacidad de tomar decisiones, como por ejemplo para decidir si tomar o no un tratamiento, para firmar un consentimiento informado, etc.

Pero, también se deberán tener en cuenta las capacidades funcionales (estrategia de actuación de la persona frente a una tarea específica), como por ejemplo, la higiene personal, si hace vida independiente, la gestión económica del hogar o de la persona, etc. Igualmente será necesario evaluar la severidad de los diagnósticos y en el caso de los trastornos psicóticos su evolución y pronóstico. Por tanto, no sólo el diagnóstico será suficiente para que el Juez tome una decisión.

Métodos de valoración de la capacidad

En la bibliografía se sugieren diferentes formas de plantear la evaluación de la capacidad:

Mc Garry, psiquiatra de la Universidad de Harvard, fue el primero en plantear y desarrollar una aproximación más comprensiva de la evaluación forense, incluyendo el análisis de habilidades (Mc Garry AL et al. *Modern legal medicine. Psychiatry and Forensic Science*. Philadelphia, 1980). Elaboró un proyecto de investigación sobre la capacidad procesal de delinquentes, para identificar si las condiciones mentales y habilidades de los acusados eran relevantes para determinar su capacidad para ser juzgados. Obtuvo un instrumento de evaluación forense de la capacidad procesal, formado por 13 ítems: clases de habilidades y condiciones mentales.

Tras estas aportaciones las inferencias empezaron a hacerse en clave de funcionalidad, a través de

habilidades específicas para cada caso. Después de Mc Garry, Grisso, psicólogo también de Harward, elaboró un constructor legal aplicable a la evaluación forense en cualquiera de sus ámbitos (Grisso T. Evaluating competencies. Forensic Assessments and Instruments. New York, 1993 y 2ª Edition in 2003).

El constructo de Grisso consta de 5 componentes, 2 específicamente legales y 3 de orden médico: habilidades funcionales, causas e interacciones, que se han ido aplicando en los aspectos periciales de la incapacitación.

Posteriormente Appelbaum y Grisso (Appelbaum P, Grisso T. Assessing patients capacities to consent to treatment. New England J Med, 1988; 319:1635-8), precisan cuatro criterios para evaluar la capacidad:

- ¿Tiene el paciente alguna preferencia? El paciente que no expresa preferencias presumiblemente carece de capacidad de decidir.
- ¿Alcanza el paciente a comprender objetivamente la situación en la que se encuentra?
- ¿Percibe el paciente el significado de los hechos que se le muestran?
- ¿Es capaz el paciente de utilizar de forma racional la información recibida para tomar una decisión?

Como la capacidad no es algo absoluto, no se puede requerir el mismo grado de capacidad para la toma de unas decisiones u otras, por lo que su evaluación debe ser muy cuidadosa debiéndose individualizarse para cada paciente y cada situación.

En la actualidad, no se ha desarrollado ni consensuado un procedimiento de evaluación de la capacidad, ni siquiera en el ámbito forense.

A continuación expondré unos criterios básicos que se deben tener en cuenta:

- La evaluación de la capacidad consiste en la valoración de un cierto número de aptitudes o habilidades psicológicas que el paciente debe poseer en un grado suficiente.
- La incapacitación está relacionada con un estado mental alterado, pero no es sinónimo del mismo.
- La capacidad legal depende del contexto, pudiendo ser incapaz para tomar la decisión de un tratamiento y si ser capaz de firmar un contrato.
- La incapacitación depende de las circunstancias de una situación concreta y de las posibles consecuencias que pudiera tener, podríamos hablar de una escala móvil de la capacidad.
- La incapacitación puede cambiar.

El proceso de tomar una decisión depende de la cognición y para que pueda llevarse a cabo se requiere la integridad de determinadas cualidades neurológicas y de funciones cognitivas, que deberán explorarse si se pretende informar sobre dicha capacidad.

A continuación se exponen las condiciones neurológicas y cognitivas necesarias para poder considerar capaz de tomar una decisión a una persona:

- **Nivel de conciencia**, la persona debe estar en vigilia y alerta.
- **Percepción de los estímulos**, la **integridad de los sentidos** deberá evaluarse como elemento condicionante para la toma de alguna decisión, pero no puede ser limitante, por ejemplo, ser sordomudo puede limitar para entender o explicarse, pero puede decidir leyendo y escribiendo.
- **Funciones cognitivas: atención** (debe ser capaz de prestar atención y mantener la concentración mientras dure la tarea propuesta), **gnosias** (los estímulos deben poder reconocerse y comprenderse), **lenguaje** (se debe poder expresar mediante lenguaje verbal o escrito), **cálculo** (se debe comprender el significado de los números, contar y realizar cálculo aritmético), **memoria** (la memoria episódica debe estar preservada), **orientación de la realidad** (autoconciencia de quién es, los que le rodean, el entorno y la situación temporal) y **praxias** (capacidad de realizar actos voluntarios con un propósito).
- **Funciones ejecutivas**: razonamiento abstracto (habilidad para apreciar el valor real de las cosas y su importancia), motivación y autocontrol.
- **Estado emocional** o psicoafectivamente normal.
- Ideación espontánea, debe estar ausente de ideas delirantes y alucinaciones.
- Conciencia de enfermedad, la anosoagnosia altera la capacidad de introspección y el paciente pierde la autoconciencia de estar enfermo.

El médico que realice el informe pericial deberá explorar todas estas condiciones, mediante una exploración neurológica y psicopatológica, siendo recomendable la utilización de algunas pruebas y test específicos, que veremos en el siguiente apartado.

Características del informe pericial

No existe un consenso general sobre el protocolo a seguir, pero en todo informe pericial para valorar la capacidad deberá constar como mínimo:

- Objetivos del informe y motivo por el que se solicita.
- Fuentes de información, si las hubiera (documentación, informes previos, etc.).
- Criterios diagnósticos de referencia y metodología utilizada.
- Reconocimiento del sujeto:
 - Biografía.
 - Anamnesis y antecedentes personales y familiares.
 - Exploración física y pruebas complementarias.
 - Exploración psicopatológica.
 - Pruebas y test de evaluación psíquica y de capacidades.
- Entrevista a familiares si fuera necesario.
- Consideraciones diagnósticas, evolutivas y pronósticas.
- Consideraciones medico-legales.
- Conclusiones.

En algunas ocasiones puede ser de gran ayuda disponer de los informes de los trabajadores sociales o de los asistentes de la institución si el sujeto se encuentra ingresado.

Las pruebas y test que se suelen utilizar en la exploración psicopatológica son:

- Mini-Examen cognitivo (MEC), adaptado y validado por Lobo, explora las más importantes áreas cognitivas, se ha demostrado su alta fiabilidad, validez, sensibilidad y especificidad en la discriminación del deterioro cognitivo. Puntuación máxima de 35 puntos, se considera el punto de corte en población geriátrica en < de 23 y en no geriátrica en < de 27 (*Anexo I*).
- Escala clínica evolutiva de deterioro (GDS) de Reisberg: graduada desde el GDS 1 (ausencia de déficit cognitivo) al GDS 7 (déficit cognitivo muy grave) (*Anexo II*).
- Test de Pfeiffer, test sencillo, de 10 preguntas, muy utilizado para detección de deterioro cognitivo, el punto de corte se sitúa en 5 ó más errores. Puede ser muy útil en invidentes, ancianos y analfabetos (se puede corregir admitiendo un error más en personas de bajo nivel educativo) (*Anexo III*).

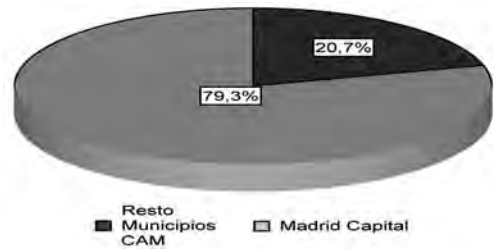
Aunque no existe un protocolo general, un ejemplo de modelo de informe para evaluación de la capacidad, se puede consultar en el *Anexo IV*, es el que recomienda el Documento Sitges 2009.

5.2. Estudio descriptivo retrospectivo sobre los motivos y resultados de los procesos de incapacitación judicial de la fundación tutelar de madrid (futumad)

De la revisión de las 111 sentencias de incapacitación de FUTUMAD y su posterior análisis, se han obtenido los siguientes resultados:

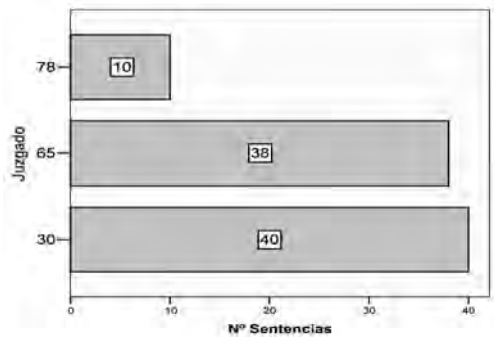
Las 111 sentencias se han emitidos por juzgados de 1ª instancia de la Comunidad de Madrid, el 79,3% por los Juzgados de Incapacidades y Tutela de Madrid capital y el resto por los juzgados de 1ª instancia de varios municipios de la Comunidad:

GRÁFICO 1
Sitio



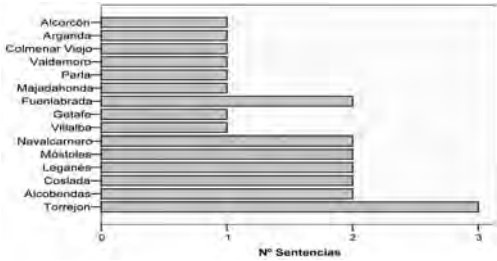
Los Juzgados de Incapacidades y Tutela de Madrid, que emitieron las sentencias, fueron los números 30, 65 y 78, de acuerdo a la siguiente distribución:

GRÁFICO 2
Juzgados de Madrid Capital



Los restantes Juzgados fueron los de 1ª instancia de los siguientes municipios:

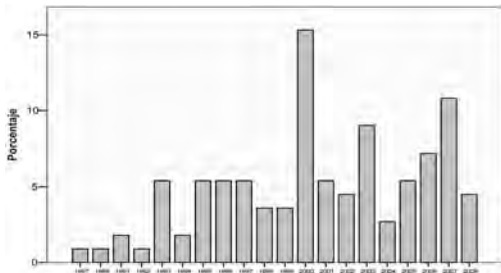
GRÁFICO 3
Localidad



Por la heterogeneidad diferencial de características de las sentencias analizadas, algunos análisis posteriores se efectuarán agrupando los resultados de los dictámenes emitidos por los juzgados de Madrid-Capital, frente a los del resto de municipios.

La fecha de dictado de las sentencias de los procesos revisados abarca desde el año 1987 hasta el 2008, siendo el año 2000 el de mayor número sentencias, 17 (15,3%). En el gráfico se representan la evolución proporcional de sentencias por años:

GRÁFICO 4
Año



Las personas demandadas son mujeres en el 42,3% y su edad media es de 34,6 años.

Las distribuciones de sexo y edad se muestran a continuación:

GRÁFICO 5
Sexo

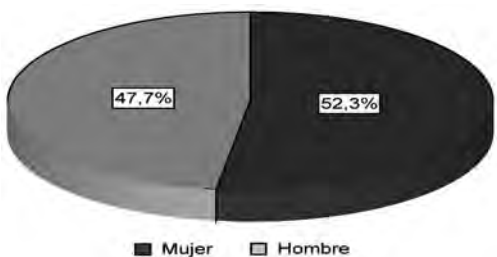
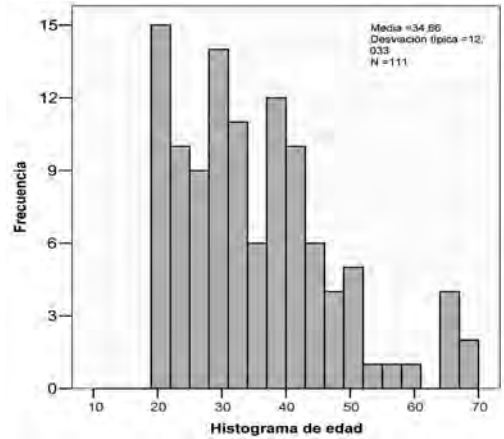


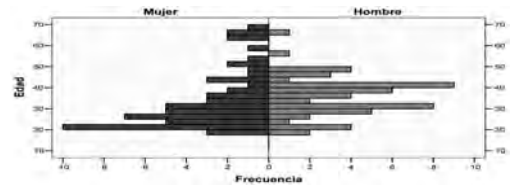
GRÁFICO 6



En la pirámide de edad y sexo se pueden apreciar algunas particularidades de la distribución demográfica de la población de estudio:

GRÁFICO 7

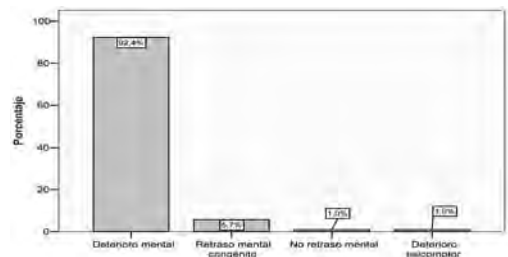
Pirámide de edad y sexo de la muestra



En el 87,4% de las sentencias se señala como **causa de incapacitación** el deterioro/retraso mental adquirido (97 personas), en el 5,4% de las sentencias el retraso mental es congénito (6 personas), en otras 6 sentencias no se hace referencia a ninguna causa, en 1 se expresa la no existencia de retraso (se trató de un caso de rehabilitación de la capacidad) y otra más se describió como un caso de deterioro psicomotor.

GRÁFICO 8

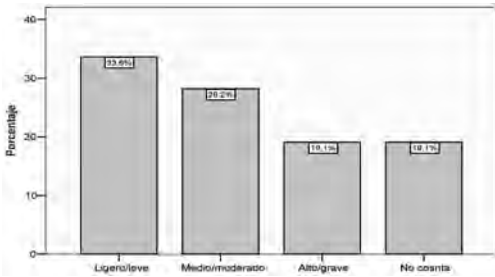
Diagnóstico etiológico



La **graduación del retraso**, según la prueba pericial efectuada, en la mayoría de los casos fue ligero/leve (33,3%). En la figura siguiente se detalla esta información, destacando que en 21 sentencias (18,9%) no figuró el grado de retraso expresamente descrito.

GRÁFICO 9

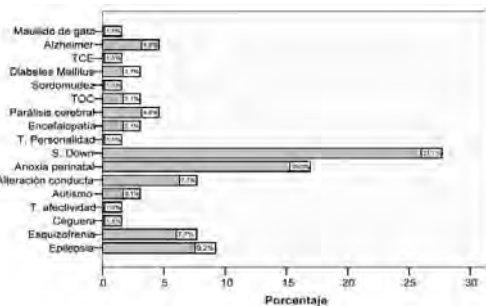
Grado de retraso mental



El **diagnóstico principal** de los demandados sólo se ha identificado en el 58,6% de la sentencias, siendo los más frecuentes síndrome de Down (16,2%), anoxia perinatal (9,9%), epilepsia, esquizofrenia y alteraciones de conducta. Resulta relevante que en 46 sentencias (41,4%) no se refleje ningún diagnóstico etiológico explicativo del retraso mental. En el gráfico se detallan en las sentencias:

GRÁFICO 10

Diagnóstico principal



En la siguiente tabla se muestra la prevalencia diferencial de los distintos diagnósticos encontrados en las sentencias, agrupados según el perfil del juzgado que la emitió (Madrid-capital vs resto CAM):

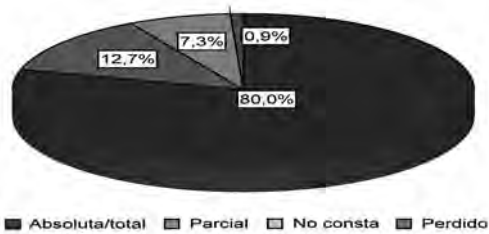
TABLA 1

Diagnóstico Principal	Resto CAM (Nº casos y %)	Madrid Capital (Nº casos y %)	Muestra total
Epilepsia	2 8,7%	4 4,5%	6 5,4%
Esquizofrenia	2 8,7%	3 3,4%	5 4,5%
Ceguera	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
T. afectividad	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
Autismo	0 0,0%	2 2,3%	2 1,8%
Alteración de conducta	0 0,0%	5 5,7%	5 4,5%
Anoxia perinatal	1 4,3%	10 11,4%	11 9,9%
S. Down	4 17,4%	14 15,9%	18 16,2%
T. Personalidad	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
Encefalopatía	1 4,3%	1 1,1%	2 1,8%
Parálisis cerebral	1 4,3%	2 2,3%	3 2,7%
TOC	0 0,0%	2 2,3%	2 1,8%
Sordomudez	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
Diabetes Mellitus	1 4,3%	1 1,1%	2 1,8%
TCE	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
Alzheimer	1 4,3%	2 2,3%	3 2,7%
Síndrome del maullido de gato	0 0,0%	1 1,1%	1 0,9%
No consta	10 43,5%	36 40,9%	46 41,4%
Total	23	88	111

En el 98,2% el **fallo de las sentencias** fue de incapacidad, sólo en 1 caso se rehabilitó la capacidad del demandado y en otro se trató de la remoción del tutor.

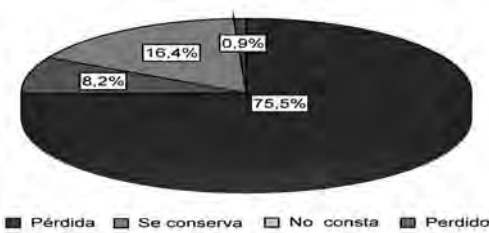
La **graduación de incapacitación** en las sentencias fue absoluta en 88 fallos (80%), parcial en 14 sentencias (12,7%) y en 8 casos no constaba dicho grado (7,3%).

GRÁFICO 11
Grado de incapacidad



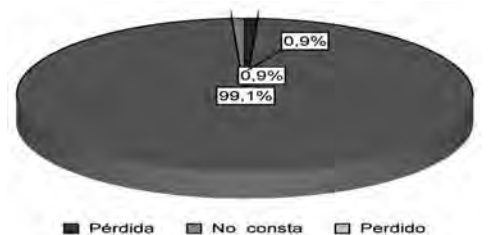
En el fallo de las sentencias se especifica la pérdida del **derecho de sufragio** en un 75,5%, conservándose el derecho de voto en 9 de los demandados (8,2%). En 18 sentencias no se hace mención alguna al respecto (16,4%).

GRÁFICO 12
Derecho a sufragio



Respecto al derecho de poder **otorgar testamento** sólo se especifica en 1 de las sentencias.

GRÁFICO 13
Derecho a testar



Por último, el **régimen de protección** de los demandados fue la tutela en 88 de los casos (80%), curatela en 15 (13,6%), rehabilitación de la patria potestad en 5, en 1 caso no procedía al rehabilitarse

la capacidad y en 2 de los fallos no se hace referencia al régimen de protección.

GRÁFICO 14
Régimen



Tras el análisis descriptivo se procede a la identificación de posibles relaciones relevantes entre variables cualitativas, encontrándose las siguientes asociaciones significativas ($p < 0,05$ en la prueba X^2):

1. Existe una fuerte asociación entre el grado de retraso mental y la graduación de la incapacitación ($p < 0,001$).
A las personas con retraso alto/grave y medio/moderado se les sentencia a incapacitación absoluta en el 100% de los casos, mientras que quienes presentan retraso leve/ligero obtienen una incapacitación parcial en el 27,8% de los casos.
2. La catalogación del grado de retraso parece claramente relacionada con el lugar de emisión de la sentencia, específicamente respecto a los casos en los que no se hizo constar dicho grado, más habitualmente en los juzgados extra-metropolitanos ($p < 0,001$).

TABLA 2

Grado de retraso mental	Sentencias según procedencia	
	Madrid Capital N (%)	Resto CAM N (%)
Ligero/leve	6 (26,1%)	31 (35,6%)
Medio/moderado	2 (8,7%)	29 (33,3%)
Alto/grave	2 (17,4%)	29 (19,5%)
No consta	11 (47,8%)	10 (11,5%)
Total	23 (100%)	87 (100%)

3. La frecuencia de pérdida del derecho a sufragio en la sentencia, se relaciona de manera lineal y directa con el grado de retraso mental ($p=0,01$). Así, mientras que conservan dicho derecho el 21,9% de las personas con retraso leve/ligero, sólo lo hace 1 caso con retraso medio/moderado, y ningún caso grave. En los demandados con retraso grave en ningún caso se conserva del derecho de voto.

En la siguiente tabla se pueden comprobar los casos de pérdida del derecho:

TABLA 3

Grado de retraso mental	Personas que pierden el derecho de sufragio	
	N (total)	%
Ligero/leve	25 (32)	78,1%
Medio/moderado	27 (28)	96,4%
Alto/grave	19 (19)	100%

4. Se aprecian sendas tendencias de asociación positiva entre el grado creciente de retraso y la frecuencia de asignación al régimen de tutela y de rehabilitación de la patria potestad. Esta relación es en sentido inverso respecto a la curatela. El pequeño tamaño muestra no permiten alcanzar un nivel suficiente de significación estadística ($p=0,1$), como para descartar que dichas diferencias no puedan ser debidas al azar. La siguiente tabla muestra estas tendencias. (Ver tabla 4).

5. Se han apreciado diferencias significativas ($p<0,02$), en el grado de incapacidad concedida y en el régimen de protección establecido entre las sentencias de los juzgados de Madrid Capital y el resto de juzgados de la Comunidad, especialmente referidas al nº de casos en el que no constan tales datos.

Las tablas siguientes permiten apreciar esta consideración. (Ver tabla 5).

TABLA 4

Grado de retraso mental	Régimen de protección			
	Tutela	Curatela	Rehabilitación patria potestad	N
Ligero/leve	80,6%	19,4%	0%	36
Medio/moderado	83,9%	9,7%	6,5%	31
Alto/grave	90,5%	0%	9,5%	21

TABLA 5

Grado de incapacitación	Municipios CAM		Madrid capital
	Absoluta	65,2%	
Parcial	13,0%		12,6%
No consta	21,7%		3,4%
N	23		87

Régimen de protección	Municipios CAM		Madrid capital
	Tutela	73,9%	
Curatela	17,4%		12,6%
Rehabilitación patria potestad	0,0%		5,7%
No consta	8,7%		0,0%
N	23		87

No se encontró ninguna asociación entre:

– los diagnósticos clínicos y el grado de incapacidad concedida, ni con el régimen de protección establecido.

– el grado de retraso mental y el tipo de fallo de la sentencia.

6. Discusión de resultados

La primera parte del presente estudio presenta una revisión bibliográfica actualizada del proceso de incapacitación y de los criterios clínicos que deben gobernar los procesos de peritaje necesarios para estos procedimientos.

Tras ello se efectúa un análisis de sentencias firmes de procesos reales y recientes de incapacitación procedentes de distintos juzgados de la Comunidad de Madrid, con el fin de evaluar la calidad de la información disponible en las mismas sobre los determinantes clínicos que motivan el fallo y la adecuación de la sentencia al estado de capacidad del paciente.

En la interpretación de estos resultados debe tomarse en consideración que la muestra de sentencias analizadas procede de una institución especializada en la tutela de personas incapaces, la Fundación Tutelar de Madrid (Futumad).

Futumad es una fundación sin ánimo de lucro, creada para la tutela de personas con discapacidad intelectual en situación de desamparo familiar o social en la Comunidad de Madrid, cuyo objeto único y exclusivo es la protección, promoción y defensa de dichas personas.

El particular origen de la información utilizada, por tanto, representa un sesgo de selección si los casos objeto de estudio pretendiesen ser una muestra representativa del colectivo total de sujetos sometidos a procesos de incapacitación en nuestra comunidad, pero en modo alguno invalida la validez interna de los resultados obtenidos para nuestra población concreta.

Los posibles beneficiarios de esta fundación pueden ser sujetos residentes en toda la demarcación jurídica de la Comunidad de Madrid. En directa relación con la distribución poblacional geográfica en nuestra comunidad, aunque parte de las sentencias analizadas fueron dictadas por Juzgados de 1ª Instancia de diferentes municipios de la comunidad (los correspondientes al lugar de residencia del presunto incapaz), el mayor número de ellas proceden de juzgados de la ciudad de Madrid, donde existen tribunales específicos para analizar causas de incapacidades y tutelas.

Este detalle, puede representar un sesgo favorable a la calidad de las sentencias analizadas y de los hallazgos apreciados, por cuanto el número de procedimientos que se desarrollan en estos juzgados especializados es muy elevado, lo que genera una práctica y un hábito entre los jueces, muy diferentes a los de los Juzgados de 1ª Instancia no específicos de otros municipios.

El periodo de análisis de sentencias engloba un amplio periodo de 21 años, a partir del inicio de actividades de Futumad, en 1989. Salvo el incremento lógico de actividad atribuible al propio proceso de expansión y consolidación de la institución, la distribución de sentencias analizadas a lo largo del tiempo es bastante homogénea, menos en lo referente al elevado número de casos apreciado en el año 2000. Las fuentes consultadas en la propia fundación no pueden explicar objetivamente este dato, ni por motivos estructurales, sociales ni jurídicos, más que como una posible consecuencia inesperada del «efecto 2000» en la aceleración de sus procedimientos internos.

La distribución por edad y sexo muestra una ligera mayor prevalencia de los procesos de incapacitación en las mujeres, y frecuencia decreciente de casos a partir de la mayoría de edad legal y hasta la octava década de la vida. El análisis de la pirámide de distribución de edad por sexo en la muestra analizada permite detectar un cierto adelanto de los procesos de incapacitación entre las mujeres (cuyo pico de máxima incidencia de casos ocurre en la tercera década de la vida) respecto a los varones (entre quienes resultan más comunes las incapacitaciones una década después).

Respecto a la causa de la incapacitación, aunque en todos los casos existe una referencia genérica a la presencia de retraso/deterioro mental, las sentencias resultan poco específicas en la identificación de la/s causa/s incapacitante/s primera/s: en casi la mitad de las sentencias (41%), no se aprecia mención alguna al diagnóstico clínico de la causa patológica que justifica el retraso. Este déficit resulta algo más acusado entre los juzgados de municipios distintos a la capital (43,5% vs 40,9%). En los casos en los que se describió la causa del retraso, este resultó mayoritariamente inducido por el síndrome de Down y por la anoxia perinatal.

Otra carencia informativa inesperada es la referente al grado de retraso mental descrito en los fundamentos de las sentencias, información también ausente en una de cada cinco sentencias de ellas. La mayoría de los 21 casos en estas circunstancias proceden de juzgados municipales externos a la capital.

En el mismo sentido, resulta aún más sorprendente que el propio grado de incapacidad no conste expresamente establecido en el 7,2% de las sentencias dictadas (8 casos). De nuevo, se comprobó que estos casos ocurrieron con mucha mayor frecuencia en las sentencias de juzgados de municipios diferentes a Madrid (21,7% frente a 3,4%). Como resulta esperable, en la mayoría de

las sentencias en las que se dispone de esta información, se dictaron sentencias de incapacidad absoluta (80%).

Sólo en 2 sentencias no se hizo referencia expresa al régimen de protección que el Tribunal garantizó al demandado (ambos en juzgados municipales externos a Madrid-capital). Mayoritariamente (80%) el régimen de protección dictado en las sentencias restantes fue la tutela.

Respecto a la afectación de la incapacidad en el derecho fundamental de sufragio de los casos evaluados, se constató la pérdida mayoritariamente (75%), aunque a 9 sujetos (8%) se les conservó dicho derecho. En el 16% de las sentencias no se especificó este detalle, déficit de nuevo asociado a los juzgados municipales de 1ª instancia externos a la capital.

No es fácil de imaginar que las carencias identificadas en las sentencias consultadas tengan clara relación con la particular procedencia de los casos de estudio, por lo que resulta plausible pensar que puede tratarse de un problema general, extrapolable a sentencias procedentes de otros ámbitos y juzgados, propio de los casos de incapacidad.

7. Conclusión

A modo de conclusión principal, el estudio identifica algunas carencias informativas relevantes en las sentencias de incapacidad, no sólo en lo referente a las circunstancias clínicas concurrentes en el afectado que determinan su incapacidad (grado de retraso mental y diagnóstico etiológico del retraso), sino también respecto a la propia consideración jurídica y a la especificidad del dictamen adoptado por el tribunal (grado de incapacidad establecida, régimen de protección y pérdida de derechos fundamentales). Ambos déficits de información se refieren a aspectos nucleares del proceso y podrían representar una pérdida crucial en el caso de iniciarse un hipotético proceso de revisión posterior de la sentencia.

A la luz de la asociación de tales carencias con la procedencia de las sentencias y el tipo de juzgado que las dictó, cabe reflexionar sobre la oportunidad de que los jueces que ven estas causas tengan trayectoria previa y experiencia acumulada en este tipo particular de procesos, y parece razonable sugerir que sería conveniente que los procedimientos de incapacidad fueran, en lo posible, dirigidos a juzgados con profesionales especializados, como ocurre en los de la capital de la Comunidad.

8. Bibliografía

1. Álvarez Lata N. El proceso de incapacidad en la nueva LEC. Boletín Aranzadi Civil-Mercantil nº 21/2000. BIB 2000/1493.
2. Álvarez Lata N. Dos cuestiones acerca del proceso de incapacidad. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 580/2003. BIB 2003/745.
3. Bassy Iza N. Derterminación de la competencia. Juicio de capacidad. En Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas. Madrid. 2004; 271-86.
4. Boada Rovira M, Robles Bayón, A. Documento Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación. Editorial Glosa. 2009. Barcelona.
5. Calcedo Ordoñez A. La pericial médica en el procedimiento de incapacidad civil. En Los derechos de las personas con discapacidad. Vol I. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007; 227-64.
6. Comes Muñoz E, Escalonilla Morales B. Discapacidad y procedimiento de incapacidad. En Los derechos de las personas con discapacidad. Vol I. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007; 169-226.
7. Delgado Bueno S. Evaluación de la capacidad de obrar. Psicopatología Clínica, Legal y Forense. 2004 (4); 97-133.
8. Delgado Bueno S, Ruiz de la Cuesta JM. Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacidad. En Los discapacitados y su protección jurídica. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999; 25-107.
9. Fernández López JM. El procedimiento de incapacidad. En Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas. Madrid. 2004; 110-320.
10. González Niño MA. Consecuencias jurídico-legales de las psicopatologías: la incapacidad civil. 2001. Disponible en: <http://neurologia.rediris.es/congreso-1/conferencias/neuropsicologia-2.html>
11. Jordana & Roo. Incapacidad judicial, tutela y testamento. España. 2004. Disponible en: <http://www.aequitas.org/banco/ficheros/Testamento.pdf>
12. Ley 13/1983 de Reforma del Código Civil, de 24 de octubre de 1983. BOE nº 256.
13. Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000. BOE nº 7.
14. Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, de 18 de noviembre de 2003. BOE nº 277.
15. Platero Aranda E. El proceso de incapacidad y otras medidas judiciales para la protección de personas mayores. Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. Fundación tutelar de La Rioja. Logroño. 2009; 25-45.

16. Rubio Torrano E. La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convección de Nueva York. *Aranzadi Civil* nº 9/2009. BIB 2009/864.
17. Serrano García I. La autotuela. Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad. Fundación tutelar de La Rioja. Logroño. 2009; 73-110.

Reflejo jurisprudencial de la responsabilidad penal del médico (En las últimas resoluciones jurídicas dictadas por la Audiencia Provincial Madrid)

*José Antonio González
Minguez*

1. Introducción
2. Objetivos
3. Material y método
4. Resultados
5. Discusión
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

El problema de la responsabilidad médica es cada día más grave y angustiante y preocupa con toda razón a todos los médicos, debido al elevado y cada vez más creciente número de demandas que se presentan en los Tribunales contra ellos y contra las Administraciones Sanitarias, incrementándose éstas en la última década, lo que nos permitiría afirmar que nos encontramos ante una verdadera cultura del litigio. El temor del colectivo médico se debe a que en su actividad sanitaria, en su ejercicio profesional se produzca un ligero descuido, una bajada de guardia que desencadene un resultado fatal con su secuela de la exigencia de la responsabilidad penal y civil.

Las denuncias, demandas y querellas han fomentado la denominada «medicina defensiva», aumentando los procedimientos diagnósticos (análisis, pruebas de imagen, etc.) o bien renunciando a la realización de determinadas técnicas para la asunción de determinados riesgos que en otro caso pudieran ser imputados al médico.

La importancia de una implicación jurídica en alza de la actividad médica como es su enjuiciamiento jurisdiccional y la preocupación de dichos profesionales en relación a su responsabilidad médica diaria me ha llevado a la elección de dicho tema.

2. Objetivos

El objetivo principal para la realización de dicho trabajo es poder reflejar la situación actual de dicha responsabilidad médica en el ámbito penal a partir del análisis de resoluciones jurídicas falladas en la Audiencia Provincial de Madrid con el fin de aportar información a los profesionales sanitarios de los aspectos legales enjuiciados en relación a la praxis médica teniendo en cuenta que la relación médico-paciente no es sólo asistencial sino también una relación jurídica de la que derivan derechos y obligaciones que se deberían conocer y así poder actuar lo más acorde posible con lo que se espera desde el punto de vista legal de un profesional sanitario evitando una mayor Medicina defensiva.

Así mismo resaltar los distintos aspectos de especial trascendencia médico-jurídica en relación con la responsabilidad profesional sanitaria como pueden ser el tipo de reclamación que se dan tras un acto médico, las causas de éstas reclamaciones, la realidad de las alegaciones en que se fundan (informes periciales), la clase de pacientes afectados, el ámbito médico en que se producen, los efectos no deseados producidos por la intervención médica y el

resultado de la dicha reclamación judicial. Como finalidad última de éste conocimiento llevar a cabo una actividad médica lo más acorde posible con lo que se espera desde punto de vista legal de un profesional sanitario.

3. Material y métodos

Para el presente trabajo se tendrán en cuenta las resoluciones jurídicas dictadas en la materia por la Audiencia Provincial de Madrid, en el ámbito penal, entre enero de 2008 y diciembre de 2009 (2 años). La selección de dichas resoluciones se obtienen de la base de datos del portal jurídico Aranzadi Westlaw, utilizando la palabra clave «mala praxis médica». Se recogen un total de 68 resoluciones en dicho periodo. Tras su lectura desestimo 6 por estar relacionada con responsabilidad profesional sanitaria no médica (psicólogas forenses y dentistas).

Para el análisis de dichas sentencias se utilizarán diferentes variables:

1. Tiempos medios de las resoluciones
2. Sexo y edad de la persona asistida
3. Carácter de la Institución médica
4. Ámbito asistencial
5. Persona recurrente en primera instancia
6. Profesión sanitaria de nivel de licenciado denunciada
7. Entidad del daño denunciado
8. Causa de la denuncia
9. Informes periciales
10. Realización autopsia
11. Sentido de la resolución jurídica: pronunciamiento en primera instancia (Juzgado) y pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid.

4. Resultados

Los resultados tras el análisis de las 62 resoluciones jurídicas en base a los datos extraídos de las mismas son:

A) Tiempos medios de las resoluciones

Se han considerado los tiempos transcurridos desde que ocurrieron los hechos hasta el primer fallo bien por el Juzgado de lo Penal o por el Juzgado de Instrucción de Madrid y tras la apelación de los mismo, el tiempo entre éstos primeros fallos y el fallo de la Audiencia Provincial de Madrid.

A.1) Tiempo medio transcurrido entre los hechos y el fallo en primera instancia

Se han recogido todas las fechas de los fallos de primera instancia no así las fechas de los hechos que sólo aparecen en 21 de las resoluciones analizadas (14 en el 2008 y 7 en el 2009).

El tiempo medio transcurrido desde los hechos hasta el fallo del Juzgado de Instrucción (1 sentencia y 18 autos) es de 2,46 años (2 años y 6 meses). El tiempo transcurrido desde los hechos hasta el fallo del Juzgado de lo Penal (2 sentencias) es de 6,29 años (6 años y 4 meses). El tiempo medio transcurrido desde los hechos hasta el fallo de primera instancia (de las 21 resoluciones) es de 2,82 años (2 años y 10 meses).

A.2) Tiempo medio transcurrido entre el fallo de primera instancia y el fallo en la audiencia provincial de madrid

En las resoluciones donde figuran la fecha de los hechos, el tiempo medio transcurrido entre el fallo de primera instancia y el fallo en la APM es de 11,28 meses (11 meses y 9 días) o 0,94 años. Si el fallo de primera instancia fue del Juzgado de Instrucción el tiempo fue de 10,61 meses (0,88 año) y de 7 meses (0,58 año) en caso del Juzgado de lo Penal.

El tiempo medio entre los dos fallos de todas las resoluciones analizadas (62) es de 10,24 meses (10 meses y 7 días) o 0,85 año.

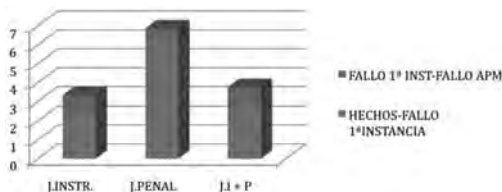
A.3) Tiempo medio transcurrido entre los hechos y el fallo en la apm

El tiempo medio de todas las resoluciones con fecha de hechos fue de 3,69 años (3 años y 8 meses).

El tiempo medio de las sentencias falladas en el Juzgado de lo Penal desde los hechos hasta el fallo en la APM fue de 6,87 (6 años y 10 meses) y de 3,34 (3 años y 4 meses) en el caso del las falladas en el Juzgado de Instrucción.

GRÁFICO 1

Tiempos (en años) desde los hechos hasta los distintos fallos



B) Sexo y edad de la persona asistida

El sexo de las personas atendidas por los profesionales médicos se determinó en 61 de los casos, donde en 37 de ellos eran mujeres (60,7%) y en 24 casos eran hombres (39,3%).

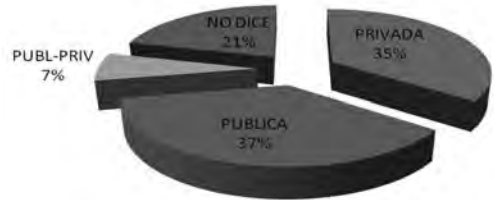
Se ha determinado sólo en dos resoluciones la edad exacta de la persona atendida en el momento de los hechos. De los 62 casos, 58 son adultos (95%) y 4 son menores (5%). Hay tres casos de recién nacidos.

C) Carácter de la institución médica

La institución médica donde fue atendido era de carácter público en 23 casos (37%), privado en 22 casos (35%) y en ambos en 4 casos (6%). En 13 resoluciones jurídicas no queda reflejado.

GRÁFICO 2

Carácter institución médica

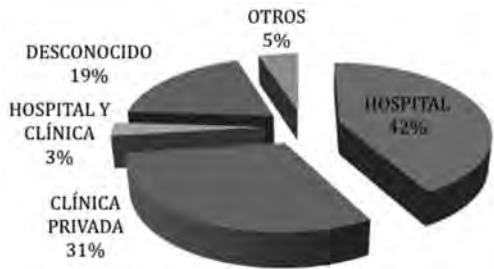


D) Ámbito asistencial

El ámbito donde se llevó a cabo la asistencia médica es conocido en 50 casos. En el medio hospitalario en 26 casos (42%), en clínicas privadas 19 casos (30%), en hospital público y clínica privada en dos casos (3%), urgencias extrahospitalarias un caso, residencia ancianos un caso, centro penitenciario un caso y en 12 casos (19%) se desconoce.

GRÁFICO 3

Ámbito asistencial



E) Persona recurrente en 1ª instancia

La persona que presenta el recurso de apelación ante la APM es el propio paciente o familiares en 58 casos (94%) y el profesional médico en 4 casos (6%).

F) Profesion sanitaria de nivel de licenciado denunciada

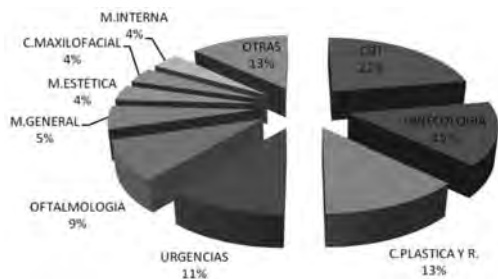
En el análisis de las resoluciones se han denunciado a tres clases de profesiones sanitarias de nivel licenciado, que son: Dentista (Odontología y especialista en Estomatología) en tres ocasiones (dos de ellas es un mismo caso), Psicólogos en dos ocasiones (mismo caso por mala praxis en la realización de un informe pericial psicológico por psicólogas forenses) y Médicos, en 62 ocasiones; objetivo de estudio de éste trabajo.

En relación a la profesión médica, las 17 especialidades demandadas por orden de frecuencia fueron:

- Cirugía ortopédica y traumatología: 12
- Ginecología y obstetricia: 8
- Cirugía plástica y reparadora: 7
- Cirugía general y digestiva: 7
- Urgencias: 6 (5 a nivel hospitalario)
- Oftalmología: 5
- Médico general: 3 (residencia ancianos, penitenciaria y de empresa)
- Medicina estética: 2
- Cirugía maxilofacial: 2
- Medicina interna: 2
- Nefrología: 1
- Anestesiología: 1
- Cirugía vascular: 1
- Neumología: 1
- Otorrinolaringología: 1
- Psiquiatría: 1
- Neurocirugía: 1

En dos resoluciones no aparece qué tipo de especialidad quirúrgica que es la demandada.

GRÁFICO 4
Especialidades médicas



G) Entidad del daño denunciado

En cuanto al supuesto daño ocasionado, se han determinado lesiones en 43 casos (69,35%) y 19 fallecimientos (30,65%) en las resoluciones analizadas.

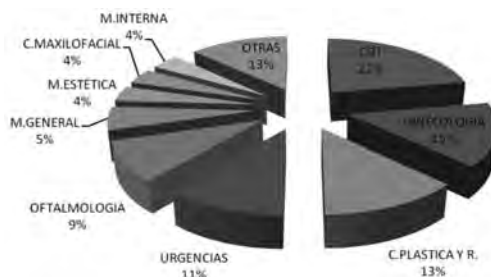
H) Causa de la denuncia

Dentro de las diferentes causas de denuncia por supuesta mala praxis médica se han determinado las siguientes:

- Retraso diagnóstico: 8
- Error diagnóstico: 5
- Retraso tratamiento: 1
- Error en la ejecución del tratamiento médico: 17
- Error en la ejecución del tratamiento quirúrgico: 36
- Resultado inadecuado: 7
- Información inadecuada: 2

En 9 resoluciones jurídicas se han determinado dos causas y en 2 de ellas tres causas.

GRÁFICO 5
Causas de denuncias médicas



I) Informes periciales

Los informes médicos forenses están presentes en 53 de las 62 resoluciones jurídicas analizadas (85%). En el resto no hace mención de ellos. Estos informes son decisivos a la hora de pronunciar el fallo sin necesidad de ningún otro informe pericial por especialistas médicos, en 25 de los casos (40%).

Los informes periciales realizados por médicos especialistas están presentes en 33 de las 62 resoluciones (53%), requiriendo en 9 casos de dos o más informes. Estos informes fueron decisivos por sí sólo en 3 casos.

En 22 de los 62 casos (35%) los informes médico forenses y de especialistas fueron decisivos de forma conjunta para la valoración de la praxis médica.

J) Realización autopsia

En 19 casos se ha producido el fallecimiento del paciente o recién nacido. La mayoría adultos (15 casos), un menor de edad y 2 RN vivos (hay dos casos del mismo RN).

Sólo hay constancia de la realización de la autopsia en 6 de los 18 fallecidos. En uno de ellos se incineró sin ser autopsiado y en los 9 restantes no hay mención de dicha práctica en las resoluciones analizadas.

K) Sentido de la resolución jurídica

Las resoluciones jurídicas de orden penal analizadas (62) constan de 58 autos y 4 sentencias.

El fallo en primera instancia (Juzgados de Instrucción) de los 58 autos fue su sobreseimiento provisional y archivo en 54 de ellos (93%). Tras presentar el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia desestimando 48 casos (89%) de los 58, confirmando el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción. En 6 casos, estima el recurso y revoca el auto de sobreseimiento con el fin de continuar las investigaciones. En 4 casos (7%) el fallo en primera instancia fue estimatorio para que continuasen las investigaciones de los delitos imputados en la denuncia. Tres de estos casos fueron apelados por el profesional médico fallando la estimación del recurso y produciéndose el sobreseimiento y archivo de la causa. El último caso también fue estimatorio.

De las 4 sentencias analizadas, el fallo Juzgado de lo Penal (2 sentencias) y el Juzgado de Instrucción (1 sentencia) desestiman la demanda absolviendo a los acusados. Tras presentar el recurso de apelación por la parte querellante la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia desestimando y absolviendo a los acusados en estos tres casos. La cuarta sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción condena a los acusados los cuales apelan y son absueltos tras el fallo de estimación de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando el auto del J. Instrucción.

La Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia desestimando en 51 casos y estimando en tres casos donde la apelación la realiza el profesional sanitario

produciéndose el sobreseimiento y archivo de la causa en 54 casos (87%). Sólo en 7 casos (11%) estima el recurso a favor del querellante para continuar las investigaciones y una a favor del profesional médico donde le absuelve de la condena (2%).

5. Discusión

No hay constancia en España del número fijo de denuncias por mala praxis médica, si bien es obvio su espectacular aumento en los últimos años. La Comisión Ética y Deontológica del Colegio de Médicos de Madrid, entre los años 2002 y 2007, obtuvo un total de asuntos de responsabilidad médica, objeto de debate y resolución de 304 por año.

Son muchos los factores que determinan este aumento considerable de demandas por mala praxis médica, entre ellos destacan:

1. El avance imparable de la ciencia médica y la renovación incesante de la medicina, con nuevas tecnologías que han permitido una mayor eficacia en los medios diagnósticos y de tratamiento, no exentos de mayores riesgos, al ser notablemente más agresivos en algunos casos.
2. Cierta alejamiento personal y una relación médico-paciente no basada en la confianza tradicional.
3. Incremento en números absolutos de actos profesionales médicos realizados debido a la cobertura sanitaria prácticamente completa de la población, que facilitaría la aparición de actos imprudentes o negligentes.
4. Mayor desarrollo sociocultural, acompañado a un mayor nivel de «conocimientos» médicos de la población en general, facilitada por campañas de difusión o de vulgarización de temas médicos a través de los más diversos medios de comunicación (televisión, radio, prensa, internet).
5. También cabría citarse un cierto hedonismo que hoy y desde hace años impregna a la sociedad occidental, en la que puede apreciarse un claro rechazo al dolor y el sufrimiento, una menos pasividad ante el infortunio, no aceptándose algunos males, proyectándose, en ocasiones, aquellos sentimientos bajo la forma de una manifiesta agresividad contra la profesión médica.

Todo ello, conduce a la creación de «un mal ambiente profesional» y al nacimiento de la llamada «medicina defensiva», con aumento de las subespecialidades, de los costes asistenciales y de las dificultades para asegurar la responsabilidad civil profesional.

Si bien la literatura sobre el tema es amplia, entre las medidas propuestas para disminuir el riesgo de situaciones de denuncia por mala praxis, se han propuesto (16):

- La buena práctica profesional, como primera condición.
- Mantener una buena comunicación con el paciente y con su familia.
- Evitar comentarios malintencionados o irónicos sobre la actuación de otros profesionales.
- No asegurar el resultado del tratamiento.
- Cumplimentar adecuadamente el consentimiento informado.
- Tener siempre presente que es el paciente el que decide.
- Seguir las pautas marcadas por protocolos de reconocido prestigio.
- Tener cuidado con los tratamientos muy novedosos o alejados de la ortodoxia académica.
- Pedir consejo si el caso nos supera.
- No «abandonar» al paciente en ningún caso.
- Ser muy cuidadoso con la elaboración de las historias clínicas.
- Extremar las precauciones legales ante el paciente que nos parezcan potencialmente litigantes.
- Conocer las casuísticas de maniobras clínicas que pueden generar más reclamaciones y extremar las precauciones.
- Saber reconocer los errores y pedir disculpas por ello.
- Es mejor en la mayoría de los casos un arreglo amistoso a un juicio.
- Tener un buen seguro de responsabilidad civil.
- En caso de demanda, notificarlo a la dirección del Hospital o similar, al seguro de Responsabilidad Civil y buscarse un abogado experto en el tema.
- Tener unos mínimos de conocimientos médico-legales para ejercer.

El médico puede incurrir en el ejercicio de su profesión en responsabilidad profesional por mala praxis, si bien es cierto que en muy baja proporción en relación al número de actos médicos que se realiza diariamente.

Los actos médicos son todas aquellas actuaciones directas o indirectas sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su profesión, entendiendo como médico aquél que estando en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y, en su caso, de especialista, además de estar colegiado, ejerce la profesión médica de forma privada o ajena. Martínez- Calcerrada define el acto médico como «la prestación o actividad profesional

del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente –la llamada *lex artis ad hoc*–, un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud».

La *lex artis* es la aplicación de las reglas generales–médicas a casos iguales o parecidos, o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido. No cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la *lex artis* es que cualquier médico actúe de igual forma en las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional.

Podemos dividir los actos médicos en los siguientes:

1. Actos médicos sobre el propio cuerpo humano: prevención, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación.
2. Actos médicos con fines de investigación o experimentación.
3. Actos médicos en relación a la documentación médico asistencial (historias clínicas, certificados médicos, parte de lesiones, recetas médicas, etc.).
4. Actos médicos asistenciales o de necesidad: es aquel acto que se realiza cuando un paciente sufre dolencias u otro tipo de trastorno por la acción de una determinada patología. Tiene las siguientes características:
 - Contrato de arrendamiento de servicios. El médico se ve obligado a prestar determinados servicios profesionales cuando son demandados por un paciente.
 - Obligación de medios. El médico está obligado a actuar con diligencia y de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, poniendo los medios necesarios sin que se garantice un resultado concreto (la curación).
 - Necesidad de asistencia. Cuando el paciente (paciente necesario) se ve en la necesidad de acudir al médico, debido a las dolencias que sufre, con el fin de ser tratado.
 - Paciente necesario. Persona con una o varias dolencias que demanda una asistencia médica.
 - Derecho de información. Este derecho se suscribe dentro de la *lex artis*, cuyo incumplimiento por el profesional puede dar lugar a responsabilidad. Se ha de informar sobre el diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico de la intervención o tratamiento, de los riesgos típicos de la intervención y del tratamiento y sus efectos secundarios, y ; de los medios que se disponen, a fin de cambiar de lugar o centro

con el objetivo de mejorar la calidad del acto médico.

5. Actos médicos de satisfacción: Es aquel acto que corresponde a lo solicitado, no por un paciente –sino por un cliente– con el fin de modificar su estética u órganos naturales, que le deparen un determinado y concreto resultado. Estos actos se caracterizan por:

- Ser un contrato de obra. Se demanda un resultado cierto.
- Voluntariedad de la asistencia porque el paciente no presenta ninguna dolencia, sino el deseo de embellecimiento o supresión de una función biológica (ligadura trompas, vasectomía).
- Ser un paciente voluntario, un cliente.
- Conllevar a una obligación de resultados. Aunque también está implícita una obligación de medios.
- No haber necesidad o urgencia de intervención.
- Ser necesaria una información amplia al paciente de la intervención que se va a llevar a cabo.
- «El subjetivismo» de la petición de la asistencia, porque sólo al peticionario le molesta o le causa un padecimiento su estética o situación biológica.

Es importante a la hora de fijar la relevancia jurídico-penal de la actividad médica, delimitar el concepto de error médico y los tipos de errores médicos más frecuentes, donde destacan los de diagnóstico y los de tratamiento. Engisch decía que error médico consiste «tanto en un hacer como en un omitir, en la realización de una intervención no indicada, pero igualmente en su no realización existiendo indicación, en defectos antes, durante y después de la práctica de la operación». Ésta claro que toda decisión puede convertirse en una equivocación; pero, junto a esto, también debe quedar claro, que no sólo las apreciaciones o decisiones del profesional médico pueden ser la causa de una equivocación, sino también las condiciones estructurales en las que el médico desarrolla su labor, pueden traducirse en errores médicos, que no son fruto de un actuar erróneo, sino que están provocados por los medios materiales del lugar de trabajo, la presión de tiempos, la falta de personal, un equipo médico inadecuado, etc.

Herman Nys, profesor de Biomedicina, ética y derecho de la Universidad belga de Lovaina, afirma que la mitad de los errores médicos, en los hospita-

les, son «potencialmente evitables». También el catedrático de derecho Penal y director de la Cátedra Interuniversitaria sobre derecho y Genoma Humano de las Universidades de Deusto y País Vasco, C. Romeo Casabona, coincide con Nys en que la mitad de los casos de errores médicos podrían evitarse.

El error de diagnóstico hace referencia a que cuando tras haber puesto al servicio del paciente todos los medios, recursos, exploraciones o análisis que para el común de la ciencia sería lo habitual en ese supuesto, se ha errado en él. Este error en sí no es reprochable, salvo que la entidad del mismo demuestre una negligencia grosera, una falta de diligencia absoluta o una impericia patente. Para que exista una responsabilidad jurídica basada en un error de diagnóstico es preciso que, en mayor o menor medida, confluyan los diferentes parámetros:

1. Cierta carencia de los conocimientos ordinarios, los propios de la «Lex Artis», en el profesional médico que atiende al paciente.
2. La absoluta ausencia de causar un perjuicio voluntario en la salud de ese paciente.
3. La concurrencia de unas circunstancias –síntomas– evidentes que indique, estadísticamente, la posibilidad de la incidencia de factores conocidos o reconocibles que complicaría la curación o provocarían deterioros en la salud del enfermo.
4. Ante las circunstancias anteriores un proceder del profesional que se traduce menospreciando la valoración que cualquier otro médico haría de esas circunstancias y su interpretación, o bien, valorándola, pero actuando en la confianza de que no se dará el resultado lesivo.
5. La efectiva lesión, el apreciable detrimento de la salud o cualquier repercusión, de cierta entidad, en el proceso curativo.

El error de tratamiento es el fracaso de una actuación médica, concebida y ejecutada para conducir a una mejoría de la salud del enfermo. En este sentido, los errores suelen configurarse como un inesperado acontecimiento, que siempre es una deficiencia, en la práctica de procedimientos, sistemas o protocolos médicos. Estos errores de tratamiento generan con frecuencia responsabilidad médica en comparación con los errores de diagnóstico. Los casos de errores de tratamiento se pueden esquematizar, en el catálogo de las siguientes actuaciones concretas:

1. Incorrecta realización de la anamnesis o del examen físico.
2. No incurrir, en los casos necesarios, a la colaboración de otro médico.

3. Falta o error en la prescripción o administración de medicación, sueros o vacunas adecuadas.
4. Falta de protección en la aplicación de radioterapia o técnicas médicas similares.
5. No controlar, o hacer que otro controle, al paciente después de la primera atención o del postoperatorio.
6. Evaluación incorrecta de los efectos colaterales de un determinado tratamiento.
7. No informar adecuadamente al paciente o sus familiares sobre su enfermedad o pronóstico, la profilaxis a seguir o las conductas que pudieran influir en la curación.

En relación a la responsabilidad penal del médico, que si bien se encuentra amparada en la justificación del lícito ejercicio profesional, deviene ilícita y delictiva, como se ha comentado, cuando por falta de cuidados, atenciones, o por la ignorancia de los más elementales conocimientos de la concreta actividad, se dan lugar a homicidios o lesiones imprudentes. Se considera lesión al delito que ocasiona un daño o perturbación de la salud física o psíquica, y siempre que se actúe con el «animus» de lesionar, nunca de matar. El delito de homicidio consiste en matar, dolosa o culposamente, a otra persona.

Los delitos dolosos, que representan sólo el 1%, son aquellos que conllevan un conocimiento de la ilicitud de una conducta con voluntad de realizarla. La ausencia del consentimiento informado se considera ya un delito doloso. Los delitos imprudentes (99%) o culposos son aquellos que conllevan un conocimiento de la ilicitud de una conducta sin voluntad de realizarla. La imprudencia puede ser grave, por ejemplo cuando se opera la pierna sana; o leve (faltas), como cuando se prescribe Aines en asmáticos.

El texto penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) recoge en su artículo 12 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley», con lo que se sustituye el precedente criterio del crimen culpae, especificando en su catálogo de infracciones los delitos concretos que pueden cometerse por imprudencia, crimina culposa.

Para determinar si la conducta es o no penalmente relevante es conveniente examinar cómo el TS ha venido entendiendo los supuestos de **la imprudencia penal** en el ámbito de la ciencia médica, con respecto a los cuales (ejemplo SSTS 16/4/1979, 4/2/1993, 29/2/1996, 4/7/2003, etc), ha establecido:

La obligación del personal sanitario no es una obligación de resultados, sino de medios, y consiste solamente en proporcionar al enfermo todos los cui-

dados que éste requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*.

La imprudencia profesional médica viene caracterizada por las siguientes circunstancias:

- a) Una conducta que suponga inobservancia del deber de cuidado del profesional.
- b) Un resultado de lesión del bien jurídico que se trate de proteger, y, en concreto, la salud de una persona.
- c) Una relación de causalidad entre la conducta llevada a cabo por el profesional y el resultado.
- d) Que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado.

Quedan extramuros de la responsabilidad penal, para no refrenar su ejercicio y su lícita y necesaria expansión, cuantas conductas de los profesionales de la medicina que se desarrollen dentro de la *lex artis*, o en aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento, llegándose incluso a estimar que las mismas actuaciones son, por lo general, atípicas cuando obedezcan a un error de diagnóstico que resulte dañoso, salvo que por su misma dimensión, cualitativa y cuantitativa, la equivocación sea inexcusable, debiendo ponderarse con criterio axiológico relativo y de caso concreto su causa y la medida de su culpa.

En relación a los resultados del análisis de las resoluciones jurídicas podemos decir lo siguiente:

1. Los tiempos medios de las resoluciones analizadas desde los hechos hasta el fallo de la Audiencia Provincial cuando el primer fallo se dicta por el Juzgado de Instrucción fue de 3 años y 4 meses. No así en el caso del fallo en primera instancia por el Juzgado de lo Penal que fue de 6 años y 10 meses, el doble de tiempo que por vía del Juzgado de Instrucción, lo cual es significativo.
2. El sexo femenino destaca en los casos analizados en el 60,7% de los mismos.
3. En el 95% de los casos fueron adultos. Hubieron tres casos de RN.
4. La Institución médica donde fue atendido el paciente ha sido pública (37%) y privada (35%) o ambas (6%). Destaca discretamente la Institución pública.
5. El ámbito asistencial más relacionado con las denuncias ha sido el hospitalario (42%), seguido de las Clínicas privadas (30%).
6. El apelante que recurre ante la APM es el propio paciente o sus familiares en caso de fallecimiento, en el 94% de los casos. He de destacarse que 4 apelaciones fueron cursadas por los médicos denunciados.

7. Las especialidades más demandadas en el ámbito penal han sido las especialidades quirúrgicas, y dentro de ellas la cirugía ortopédica y traumatología. Las especialidades más demandadas han sido: COT (22%), Ginecología y Obstetricia (15%), Cirugía plástica y reparadora (13%), y Urgencias en el 11% de los casos generalmente urgencias hospitalarias. En otros estudios la especialidad más demandada ha sido Ginecología y Obstetricia.
8. El daño más denunciado por presunta mala praxis ha sido por lesiones en casi el 70% de los casos. Un 30% por presunto homicidio.
9. El motivo por el que el médico es denunciado ha sido con diferencia en relación a la ejecución del tratamiento llevado a cabo en el 70% de los casos, destacando el tratamiento quirúrgico en un 70% de los tratamientos ejecutados. Por orden de frecuencia, las causas por presunta mala praxis médica son: error en la ejecución del tratamiento quirúrgico (47%), error en la ejecución del tratamiento médico (22%) y el retraso en el diagnóstico (11%).
10. Los informes periciales toman un protagonismo en la toma de decisiones por el Juez muy importante. Los informes médico forenses (perito imparcial) están presentes el 85% de los casos los, siendo por sí mismo decisorios sin necesidad de ningún otro informe pericial por un médico especialista en el 40% de los casos. Los informes periciales realizados por médicos especialistas, solicitados por el Juez o por la parte apelante, están presentes en el 53 % de los casos, siendo decisivo por sí sólo en sólo tres casos.
11. De los 19 fallecidos, en realidad 18 debido a dos resoluciones de un mismo caso, sólo hay constancia de la realización de la autopsia en 6 casos, siendo ésta práctica importante en la determinación de la causa de la muerte como queda reflejado en las resoluciones analizadas.
12. En relación a los 58 autos fallados por el Juzgado de Instrucción:
 - El 93% se produjo su sobreseimiento provisional y archivo, al no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal .La APM confirma el auto de sobreseimiento en el 89% y lo estima en 11% para continuar las investigaciones.
 - El 7% lo estima para continuar las investigaciones por presunta mala praxis. Tres de estos 4 casos son apelados por los médicos denunciados siendo el fallo a su favor produciéndose

se el sobreseimiento y archivo de la causa por inexistencia de mala praxis médica.

13. En relación a las 4 sentencias analizadas, el fallo en primera instancia desestima la demanda absolviendo a los acusados. En una sentencia los médicos condenados apelan ante la APM y son absueltos.

6. Conclusiones

Tras el análisis de las resoluciones jurídicas en el ámbito penal, concluyo:

1. Se han analizado 62 resoluciones jurídicas en el ámbito penal, 48 autos y 4 sentencias entre 2008-2009.
2. El tiempo medio transcurrido desde los hechos hasta el fallo de la APM es el doble (en años) cuando el fallo lo dicta el Juzgado de lo Penal.
3. El 95% de personas afectadas son adultos y 60% mujeres.
4. Las Instituciones públicas y privadas estuvieron implicadas en mismo porcentajes.
5. Los Hospitales fueron el ámbito asistencial más relacionado con la denuncia en un 42%, seguido de las Clínicas privadas.
6. Los médicos apelaron en un 6%, siendo el fallo estimatorio produciéndose el sobreseimiento y archivo o absolución por no quedar demostrado mala praxis médica.
7. La especialidad más demandada fue la Cirugía, siendo la COT la más frecuente en este estudio seguido de la especialidad de Ginecología y Obstetricia y Cirugía plástica y reparadora.
8. El daño más demandado fueron las lesiones en el 70% de los casos.
9. La causa de la mala praxis médica más denunciada está relacionada con el tratamiento, generalmente en asistencia quirúrgica.
10. Los informes médico forenses estaban presentes en el 85% de los casos y decisorios para descartar mala praxis en el 40% de los casos, lo cual es remarcable el papel que juegan los mismos en las resoluciones jurídicas.
11. La realización de la autopsia fue decisiva a la hora de determinar la causa de la muerte y valorar si hubo infracción penal en los hechos.
12. La APM desestima los recursos de apelación en un 82%, confirmando el auto de primera instancia (sobreseimiento y archivo de la causa). En un 18% la estima, a favor del querellante para la

continuación de las investigaciones en el 63% de los casos, y, a favor del médico denunciado o condenado (37%) produciéndose el sobreseimiento del recurso o siendo absuelto.

Para finalizar querría resaltar algunas conclusiones en relación a la responsabilidad penal del médico en relación a la mala praxis médica:

1. La Medicina es una ciencia inexacta, expuesta y arriesgada en la que la atención, pericia y reflexión han de prodigarse en dosis.
2. La práctica de la Medicina exige una cuidadosa atención a la «lex artis» pero que, no obstante, no se pueden sentar reglas apriorísticas o preventivas absolutas, habida cuenta del avance y desarrollo de la Ciencia, la variedad de tratamiento y capacidades de sus profesionales y el diverso factor humano sobre el que actúa que obliga a métodos y atenciones diferentes.
3. El ejercicio profesional del médico debería ser el resultado de la colaboración de diferentes profesionales, incluso grupos de especialistas.
4. La Medicina es una de las profesiones cuyo ejercicio comporta, más que ninguna otra, el peligro de atentar contra la Ley civil y penal.
5. La responsabilidad médica inquieta tanto a los médicos, preocupados por progresivo incremento de procesos jurídicos relacionados con la mala praxis médica, como a los juristas, al enfrentarse a nuevas figuras (ejemplo, el consentimiento informado) o nuevos fenómenos (avances en el mundo de la genética, por ej.) que requieren nuevas respuestas y una revisión de las tesis tradicionales de la doctrina jurídico-penal.
6. La actividad médica más importante es el tratamiento médico-quirúrgico, actividad que afecta a valores fundamentales de la persona, como la vida, la salud y la libertad, que se encuentran especialmente protegidos por el derecho Penal.
7. La responsabilidad médica, desde la perspectiva jurídico-penal se circunscribe, normalmente al ámbito de la imprudencia punible, recogida en el Código Penal español de 1995.
8. Los errores en el diagnóstico o en las intervenciones quirúrgicas están en principio fuera del control judicial, por ser cuestiones que no constituyen ningún argumento serio contra la existencia de un verdadero concepto de culpa médica, porque los errores sólo son imputables cuando obedecen a la omisión de la diligencia exigible, no cuando son meras equivocaciones involuntarias.
9. Hay una clara diferenciación entre los llamados errores de diagnóstico y los errores de tratamiento; resultando que los primeros no suelen generar responsabilidad y los segundos la generan, con frecuencia. Aunque esto no constituya un axioma inamovible.
10. Se castiga el incumplimiento no reiterado de los que constituyen los más elementales deberes médicos.
11. No se llega a considerar punible la falta de una extraordinaria pericia o de una cualificada especialización en una materia determinada de la medicina, en torno a la cual un médico viene a sumir la curación de un determinado paciente.
12. Donde radica la culpabilidad es en la evitabilidad del comportamiento erróneo y, al mismo tiempo, causante de una lesión, un menoscabo, un deterioro o la muerte de un paciente.
13. No existirá culpabilidad para el médico, en los supuestos de deficiencia de material o instrumental, a no ser que conste que estas deficiencias fueran achacables al propio médico.
14. Para evaluar la responsabilidad médica se ha de atender a dos factores conjuntamente:
 - Se han de tener en cuenta las circunstancias, los conocimientos y aptitudes que concurran en el médico en el momento de la ejecución del acto médico y
 - Dicho acto médico ha de ponerse en relación comparativa con la conducta que observaría otro profesional diligente de ese mismo entorno o en esa misma situación.
15. Resaltar la importancia de tener conocimientos médico-legales para el ejercicio de una buena y mejor práctica de la Medicina, ya que su desconocimiento no exonera de responsabilidad.

7. Bibliografía

1. A.J. Barreiro, La imprudencia profesional del médico en el nuevo código penal español de 1995. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, 1999, 121-142.
2. F López Timoneda, Jurisprudencia y Lex Artis. Responsabilidad del personal sanitario. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1994, 59-70.
3. A.J. Barreiro, Jurisprudencia penal y lex artis médica. Responsabilidad del personal sanitario. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1994, 71-73.

4. H. Rodríguez, «Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención», *Rev Med Uruguay*, 17,2001, 17-23.
5. Pérez Pineda y García Blázquez, *Manual de Medicina Legal para profesionales del Derecho*, Editorial Comares, 1990, 148-158.
6. Fernández, G, Jiménez, L. *Mediuris: derecho para el profesional sanitario*. Ed: Marcial Pons 2008.
7. Gisbert, JA, Villanueva, E. *Medicina legal y toxicología*. Ed. Masson. 6ª edición. 2004.
8. JD Casas, *Manual de Medicina Legal y Forense*, editorial Colex, 2000.
9. JJ Carrasco. *Responsabilidad médica y psiquiatría*, editorial Colex, 1989.
10. JJ Llovet, «Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica», *Rev San Hig Púb*, 67, 1993, 315-323.
11. F. Alvarez, E Hidalgo, D Sanchez, H García. «Estudio retrospectivo de las denuncias por malpraxis médica en la provincia de Málaga», *CMFOFA*, 47,XIII,2007,9-21.
12. M^aT Criado, *Valoración médico-legal del daño a la persona*. Colex, 1999, 1038-1039.
13. C Borobia, *Valoración del daño corporal*, Masson, 2006, 359-361.
14. JM, Martínez-Pereda Rodríguez, *Responsabilidad penal del médico y del sanitario*. Editorial Colex. 3ª Edición, 1997.
15. Tomás Gracia Hernández, *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*. Edisofer, 2002.
16. A Palomar Olmeda, J Vázquez Garranzo, *Los médicos internos residentes. Régimen jurídico del MIR*, Dykinson, 2009.
17. L. Martínez-Calcerrada, *Derecho médico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

La Prescripción Enfermera en España

Natalia Hormaeche
Abecassis

1. Hipótesis
2. Previo
3. Introducción
4. Justificación
5. Material y métodos
6. La Prescripción Enfermera en España
 - 6.1. Evolución profesional de la enfermería. Encuadre actual
 - 6.2. Tipos de prescripción
 - 6.3. Encuadre legal actual de la prescripción en España
 - 6.4. Prescripción enfermera: concepto, objeto y límites según la ley nacional
 - 6.5. Influencia legislativa. La directiva 2005/36/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales
 - 6.6. La prescripción enfermera en las CC.AA.
 - 6.7. Actualidad comunitaria. Actualidad mundial
 - 6.8. Voces a favor y en contra
 - 6.9. Valoración
7. Bibliografía

1. Hipótesis

¿La prescripción enfermera mejorará la calidad de la sanidad?

¿La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, afecta a la prescripción enfermera?

2. Previo

No puedo dejar de mencionar las dificultades a las que me he tenido que enfrentar a la hora de llevar a cabo este documento. La elección del tema fue anterior a la aprobación de la Ley 28/2009 de 30 de diciembre de modificación de la Ley 29/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Por tanto, el sentido de este documento ha dado un giro de 180 grados en los últimos 3 meses. Si bien el tema elegido mantiene el título, no así la hipótesis, que inicialmente era «La posibilidad de la implantación de la prescripción enfermera en España». Evidentemente, ya no hay nada que decir a ese respecto, pues ha quedado aprobada.

Esta situación, por un lado me ha supuesto un conflicto, ya que me he visto obligada a adaptarme a una circunstancia que no había previsto, pero al mismo tiempo me entusiasma poder estar en primera fila en un momento clave como este para el sistema sanitario.

3. Introducción

Tradicionalmente, se ha denominado prescripción a las instrucciones escritas para la preparación y la administración de un remedio. Lo que puede llamarnos la atención de esa definición es que en ningún momento se dice quien es la persona que prescribe, y este hecho es constatable en varias enciclopedias médicas. La razón de esta falta de denominación del sujeto pasivo puede ser por varias razones: desde el simple sentido común, hasta la duda por indefinición.

En España hasta hace apenas unos meses, de acuerdo con la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la prescripción de tratamientos para la salud era materia exclusivamente permitida a los facultativos. Este hecho no debería de sernos en absoluto desconocido ya que la legislación general ha venido siendo coherente consigo misma.

Pero no porque la legislación haya sido unitaria debemos creer que el médico es el único sujeto con posibilidad de prescribir, pues ya sea de manera independiente o en colaboración con el facultativo, los profesionales de la enfermería pueden llevar a cabo esta actividad. Esta no ha sido una cuestión especulativa, sino al contrario un debate de plena actualidad que finalmente ha desembocado en la aprobación de una ley que permite la prescripción enfermera.

El debate ha sido protagonizado especialmente por enfermeros que, desde su punto de vista, han visto mermadas sus facultades o capacidades adquiridas a través de unos estudios universitarios muy completos. Sus razones venían apoyadas por un cambio sustancial en su labor y formación, pasando de ser meros auxiliares de un médico a profesionales de un prestigio incuestionable y labor bien diferenciada.

La nación no ha sido ajena a estas demandas, desde el año 2005 gran cantidad de voces se alzaron por la prescripción enfermera. Estas voces, al menos inicialmente, no pedían la potestad para diagnosticar, sino para que una vez que el médico hubiera diagnosticado al paciente, el enfermero decidiera y controlar el tratamiento más adecuado para éste.

Lo que han venido solicitado los colectivos de enfermería es que la atención al paciente quede consolidada como un trabajo de equipo en el que colaboren distintos profesionales y que la prescripción sea incluida dentro de esa actividad comunitaria, pero nunca vista o entendida como una suplantación de funciones o injerencia en la actividad médica.

Por otra parte, no debemos de olvidar que existen varios tipos de prescripción, y en virtud de los tipos podremos entender mejor la interacción de unos y otros profesionales.

Además de lo anterior, no podemos dejar de mencionar que la demanda de profesionales médicos es bastante más alta que la oferta, lo que provoca una cierta saturación en el sistema por falta de medios. La posibilidad de que ciertas labores poco cualificadas de los médicos fueran ejercidas por otro personal sanitario, hace pensar a priori que el resultado sería un alivio para el sistema.

Sin embargo, tal como hemos dicho anteriormente la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios no recogió inicialmente tales solicitudes y se ha mantenido en las líneas generales hasta que finalmente en diciembre de 2009 se dio la esperada modificación.

Tal modificación además llega a colación de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y

del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, y su correspondiente transposición en el Derecho español a través del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre. Por medio de la citada legislación se facilita la libre circulación de profesionales sanitarios por la Unión Europea y se trata de aunar criterios en cuanto a su formación y actuación. La prescripción enfermera si bien no aparece expresamente reflejada en la citada legislación, se ve totalmente comprometida en ella.

Al igual que es posible defender la implantación del sistema de prescripción de enfermería, también lo es contrariarla. Y como veremos, hay tantas voces a favor como en contra. La contrarias se apoyan en la defensa del principio de separación de funciones: la de prescribir y la de dispensar o administrar. Y que la exigencia de una receta médica debe ser entendida como la prueba ética y legal de que se está sirviendo los intereses de un paciente y no de un médico, farmacéutico o enfermero.

La teoría contraria a la prescripción enfermera y la que está a favor pueden llegar a entenderse en un punto medio, si con ello logramos una mejor atención del paciente, que no sólo se logrará con mejores tiempos sino también con mejores decisiones. Evidentemente la colaboración entre profesionales debe ser básica para lograr una mayor calidad en la atención del paciente.

El planteamiento que aquí se propone no es desconocido para muchos países tanto desarrollados como no desarrollados, en los que esencialmente por la escasez de personal facultativo se ha optado por la ampliación de las funciones de la enfermería. Hasta ahora el proyecto parece funcionar adecuadamente en tales países, salvo excepciones que iremos indicando.

Además de poder hacernos una idea de la implantación de la prescripción enfermera en otros países, también veremos cual ha sido el camino adoptado por unas y otras comunidades autónomas y cuales han sido sus logros.

4. Justificación

La justificación de este trabajo es el interés en saber en qué se modificará la profesión de enfermería tras a aplicación de la directiva 2005/36/CE, así como la mejora en la calidad asistencial que nos puede ofrecer la prescripción enfermera. Llegaremos a conocer el

significado de la prescripción, que cuenta con gran cantidad de variantes y podremos conocer las diferencias existentes actualmente entre las Comunidades Autónomas y las experiencias de otros países.

Es decir, en líneas generales veremos lo siguiente:

1. Evolución profesional de la Enfermería. Encuadre actual.
2. Tipos de prescripción.
3. Prescripción enfermera: concepto, objeto, límites según la Ley nacional Encuadre legal actual de la prescripción en España.
4. Influencia legislativa. La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales.
5. La prescripción enfermera en las CCAA.
6. Actualidad Comunitaria. Actualidad Mundial.
7. Voces a favor y en contra.
8. Valoración.

5. Material y métodos

El material elegido para la realización de este documento ha sido tanto legislación vigente, como pendiente de aprobar o derogada, de cara a obtener un encuadre histórico-legal. Tal legislación es española y europea y de influencia tanto general como autonómica. El otro gran tipo de material son artículos obtenidos de distintas bases de datos sanitarias en los que se informa, dilucida o se documenta sobre la posible o la vivida experiencia de la prescripción enfermera, sus beneficios, mejoras y perjuicios.

La documentación utilizada es tanto española como extranjera.

El método es el estudio e interrelación de la documentación legal y de autor.

6. La Prescripción Enfermera en España

6.1. Evolución profesional de la Enfermería. Encuadre actual

A) Significado de enfermería

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, por enfermería¹ se entiende lo siguiente.

¹ Definición obtenida del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión electrónica.

1. *f. Local o dependencia para enfermos o heridos.*
2. *f. Profesión y titulación de la persona que se dedica al cuidado y atención de enfermos y heridos, así como a otras tareas sanitarias, siguiendo pautas clínicas.*
3. *f. Conjunto de estudios requeridos para conseguir esta titulación. Ha terminado enfermería y en enero empezará a trabajar en el hospital.*
4. *f. Conjunto de los enfermos de determinado lugar o tiempo, o de una misma enfermedad.*

De acuerdo con José Siles González², el término «enfermería» está relacionado con el de «enfermedad» (del latín «infirmitas») y define de forma más concreta la actividad del cuidador, aquella relacionada con la supervivencia, cuidados durante el parto, lactancia y crianza, así como a los cuidados de los enfermos.

El término anglosajón «nurse» con el que se designa a la enfermera, se deriva de dos palabras latinas, «nutrire» (alimentar) y «nutrix» (mujer que cría).

B) Nociones Históricas sobre la enfermería en España

1. **1895:** Creación de la Escuela de Enfermeras de Santa Isabel Hungría por Federico Rubio Gali.
2. **1915:** Hasta 1915 no existió como tal la profesión de Enfermería en España, que se constituyó a través del Real Decreto de 21 de Mayo de 1915 sobre la formación de la enfermería. A partir de entonces la profesión quedaría dividida en tres bloques: Practicantes, Matronas y Enfermeras. Realmente la diferencia fundamental entre la primera y la tercera era que por practicante se entendía el varón y por enfermera la mujer. La segunda, se dedicaba, al igual que en la actualidad, a la ayuda de la madre e hijo antes, durante y tras el parto.
3. **1917:** Primeros textos para de Enfermería en la Escuela de Santa Isabel. Se crean las primeras Escuelas Oficiales de Enfermeras reconocidas por el Ministerio de Educación.
4. **1923:** Escuela Nacional de Puericultura de Madrid. Hacían un seguimiento del niño sano en su casa, dando a la madre consejos de higiene, dietas, etc.
5. **1935:** Escuela Nacional de Enfermeras Sanitarias y de Asistencia Pública: Es una especialidad dentro de la enfermería. Su ocupación: hacer divulgación sanitaria en las casas. Unificación de las carreras de practicante, matrona y enfermera bajo la titulación de Asistente Técnico Sanitario (ATS).
6. **1973:** Se considera la enfermería como una profesión.
7. **1977:** En el año 1977 se redacta el acta de constitución de la «ASOCIACION ESPAÑOLA DE ENFERMERÍA DOCENTE (AEED)» y aparece el «CONSEJO NACIONAL DE ENFERMERAS» que aglutinó los esfuerzos españoles para integrar a la Enfermería en la institución universitaria, canalizándolos a través de los Colegios Provinciales Españoles.
8. **1978:** La carrera de Enfermería pasa a constituirse como Diplomatura Universitaria, otorgando el título de Diplomado Universitario en Enfermería (DUE).
9. **2010:** Actualmente de acuerdo con el Espacio Europeo de Enseñanza Superior y su «Plan Europeo de Bolonia»³ de 19 de junio de 1999, la enseñanza universitaria se ha visto modificada sustancialmente. De la anterior Diplomatura de Enfermería, de 3 años de duración, se ha pasado a 4 años con el Título de Grado en Enfermería⁴ (en que se encuentra como asignatura de cuarto curso «la Prescripción Enfermera»⁵), y por medio del cual, una vez acabado, se podrá optar al doctorado, así como a la investigación sin necesidad de cursar otra carrera como venía ocurriendo hasta ahora.

6.2. Tipos de prescripción

Lejos de lo que se puede llegar a creer, el término prescripción en el sentido sanitario tiene una gran cantidad de matices y diferencias según se le añada un adjetivo u otro a tal sustantivo. Las diferencias entre un significado y otro son abismales.

Según la Real Academia de la Lengua Española⁶ por prescripción se entiende: *Acción y efecto de prescribir*, y por prescribir:

² Siles Gonzalez J, Historia de la Enfermería (1999), Consejo de Enfermería de la comunidad Valenciana.

³ Declaración conjunta de los ministros europeos de educación reunidos en Bolonia el 19 de junio de 1999.

⁴ Ficha técnica de propuesta de título universitario de grado según RD 55/2005 de 21 de enero.

⁵ Ver Programa de Enfermería de la Escuela Universitaria de Enfermería, Fisioterapia y Podología de la Universidad Complutense de Madrid.

⁶ Definición obtenida del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión electrónica.

1. *tr. Preceptuar, ordenar, determinar algo.*
2. *tr. Recetar, ordenar remedios.*
3. *intr. Dicho de un derecho, de una acción o de una responsabilidad: extinguirse.*
4. *intr. Concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso de cierto tiempo.*
5. *intr. Der. Adquirir un derecho real por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley.*
6. *intr. Der. Dicho de un derecho o acción de cualquier clase: Extinguirse por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley.*

Como vemos, en dichas acepciones no aparece en ningún caso el sujeto activo que lleva a cabo la acción de prescribir, como viene siendo usual en las definiciones de la palabra prescripción en cualquier diccionario o enciclopedia incluso médica. Las acepciones que a nosotros nos afectan son la primera y la segunda, es decir, preceptuar u ordenar algo u recetar y ordenar remedios.

A partir de esta sencilla definición, y de acuerdo con José López Guzmán⁷, Doctor en Farmacia, y Ángela Aparisi Miralles, Doctora en Derecho, pasamos a dar cuenta del amplio significado de los posibles tipos de prescripción, independientemente del sujeto activo que las lleve a cabo.

- A) **Prescripción independiente:** modelo tradicional de prescripción, por medio del cual un profesional debe realizar la prescripción de forma autónoma y exclusiva. No sólo se refiere a indicaciones sobre medicamentos, sino también sobre hábitos físicos, fisiológicos, así como a su tratamiento y control posterior. Es un modelo de autonomía y responsabilidad total del profesional sanitario sobre el que recaiga la acción.
- B) **Prescripción dependiente:** en esta existe un acuerdo previo entre varios sectores profesionales a través de protocolos y acuerdos con sus correspondientes listas de medicamentos y patologías. Hay varios subtipos:
 - a) Prescripción facultada individualizada: El médico diagnostica una patología, enfermedad o circunstancia. El enfermero o farmacéutico prescribe y controla el tratamiento que se decida.
 - b) Prescripción facultada por repetición: Se refiere a los pacientes con patologías crónicas. El médico estudia al paciente e informa al farma-

- c) Prescripción por protocolos: El médico se auxilia en el farmacéutico o enfermero para llevar a cabo facultad de prescribir en base a unos protocolos que incluyen patologías, medicamentos, criterios de decisión, definición de puestos, formas de comunicación entre profesionales, controles...
- d) Prescripción suplementaria: Es una verdadera delegación de funciones del médico en otros profesionales. La base de este sistema no es la protocolización sino la formación previa y la aceptación expresa por parte del facultativo, del profesional implicado y del paciente. Se excluyen de este sistema fármacos específicos (pocos) que sólo podrán ser prescritos por el médico.
- e) Prescripción por formulario: semejante a la prescripción por protocolo pero más limitada. Se utilizan formularios con patologías y tratamientos. Indican formas de control y límites en la prescripción.

C) **Prescripción Compartida:** Se trata de un modelo horizontal, no vertical como los dos anteriores. Su principal aplicación se da en el ámbito hospitalario. En resumen: El médico estudia al paciente, determina el diagnóstico y el farmacéutico o enfermero deciden el tratamiento y control, así como el momento de terminar el proceso. Pero en ningún momento un profesional se desentiende de la actuación del otro. Se confecciona un equipo de actuación. Cada cual lleva a cabo aquello para lo que está mejor preparado, sin olvidar al resto del equipo, pues es básica la comunicación entre ellos. Esta a su vez se subdivide:

- a) Sustitución genérica: el enfermero o farmacéutico puede ir cambiando las prescripciones médicas a favor de medicamentos genéricos o similares sin necesitar autorización previa del médico, pero sí su comunicación posterior.
- b) Sustitución terapéutica: el enfermero o farmacéutico pueden ir cambiando el tratamiento a medida que la patología va adoptando un desarrollo determinado. El cambio de tratamiento no requiere de autorización

⁷ Lopez Juzman, J, Aparisi Mirales, A, La intervención de farmacéuticos y enfermeros en la prescripción: una aproximación ético-legal. DS Vol 14, Núm 2, Julio-Diciembre 2006.

previa por parte del médico pero sí su comunicación posterior.

De acuerdo con la reforma legislativa que se acaba de lograr en España, podemos decir que en nuestro sistema sanitario están permitidas la prescripción facultativa y enfermera independiente y la dependiente de enfermería por protocolos.

6.3. Encuadre legal actual de la prescripción en España

Podemos decir sin equivocarnos que la prescripción enfermera en España es un asunto candente que está provocando un cambio progresivo, pero a gran velocidad, y que no parece que vaya a dar marcha atrás.

A través de los sucesivos Decretos y Leyes de Sanidad, hasta que finalmente llegamos a la vigente Ley General de Sanidad de 1986, hemos podido ver una corriente lineal e inamovible, como era la prescripción médica siempre y en todo caso. Al facultativo de medicina se le ha venido recordando su capacidad exclusiva para diagnosticar, prescribir y tratar. Esta potestad no olvidemos que igualmente afecta a veterinarios y odontólogos, aunque su desarrollo no sea de interés en este documento.

En el año 2005, se abrió un nuevo debate con la intención de dictar una nueva Ley que rigiera el uso de los medicamentos y productos sanitarios. Tal debate permitió a los colectivos tanto farmacólogos como enfermeros levantar la voz para ser escuchados en sus solicitudes de ampliación de las competencias. Muchos de estos colectivos creyeron ganada una batalla antes incluso de lucharla, pues ya por entonces varios países europeos habían optado por legislar a favor de la prescripción enfermera, y por tanto estuvieron muy seguros de su influencia en España.

Nada más lejos de la realidad. El 27 de julio de 2006 se publica en el BOE la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, también llamada «Ley del medicamento» en la que claramente en su artículo 77 decía lo siguiente:

Artículo 77. La receta médica y la prescripción hospitalaria.

1. La receta médica, pública o privada, y la orden hospitalaria de dispensación, son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico o un odontólogo, únicos profesionales con facultad para ordenar la prescripción de medicamentos.

Circunstancia que ya se nos anunciaba en la Exposición de Motivos de la citada Ley:

El título VI está dedicado al uso racional de los medicamentos, principio que se concreta en medidas como una nueva regulación de la receta médica o la prohibición de que las actividades relacionadas con el proceso de puesta en el mercado de un medicamento tengan por finalidad aumentar las capacidades físicas de los deportistas. En relación con la receta médica, es destacable la previsión que contiene la Ley, que atribuye al médico u odontólogo en exclusiva la facultad de prescribir medicamentos, tendente a erradicar prácticas no deseables. La receta médica se configura como una auténtica garantía de servicio profesional para el paciente, por lo que el farmacéutico dispensará con receta aquellos medicamentos que la requieran y no podrá prescribir por sí mismo un medicamento que precise de receta médica, pero sí colaborar en el seguimiento farmacoterapéutico de los tratamientos prescritos, a través de los procedimientos de la atención farmacéutica.

Las voces opuestas no se hicieron esperar, y el aluvión de quejas, artículos de opinión y propuestas de regularización fueron espectaculares⁸. Es impor-

⁸ Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona. Competències de la professió Infermera de la Comissió d'Infermeria i les seves especialitats específiques del Consell Català d'Especialitats en Ciències de la Salut. Gardèñes E.A., Vinagret E.// Abajo Polémica de una Ley que afecta a la profesión enfermera: Opiniones sobre la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. Metas de enfermería, ISSN 1138-7262, Vol. 11, Nº. 4, 2008, pags. 25-31.// Sarabia Cobo C.M., Opinión de los profesionales sobre el título de Grado, las especialidades y la prescripción enfermera.. Metas de enfermería, ISSN 1138-7262, Vol. 12, Nº. 4, 2009, pags. 60-64. // Herrera Gómez A., Martínez Galiano J.M., Rata Ramos M., La prescripción enfermera y la ley del medicamento. Revista ROL de enfermería, ISSN 0210-5020, Vol. 31, Nº. 1, 2008, pags. 50-52. // Cuixart i Ainaud N., La prescripción enfermera: base para su argumentación. Nursing, ISSN 0212-5382, Vol. 24, Nº. 8, 2006, pag. 56. // El Ministerio de Sanidad y Consumo ha elaborado una orden respecto a la prescripción enfermera Revista ROL de enfermería, ISSN 0210-5020, Vol. 31, Nº. 1, 2008, pag. 55. // Soldevilla Agreda J.J. Prescripción enfermera en el ámbito gerontológico. Gerokomos: Revista de la Sociedad Española de Enfermería Geriátrica y Gerontológica, ISSN 1134-928X, Vol. 17, Nº. 4, 2006, pag. 180. // Ramírez Rodríguez L. Artículo de revisión sobre la prescripción enfermera. Enfuro, ISSN 0210-9476, Nº. 104, 2007, pags. 40-41. // Durán Escribano M. El ser y no ser de la prescripción enfermera.. Enfermería clínica, ISSN 1130-8621, Vol. 16, Nº. 6, 2006, pags. 297-299. // Ordre des sages-femmes. Les compétences de la sage-femme. Définition de la capacité professionnelle de la sage femme [sede Web]. Québec [acceso el 5 de octubre de 2009]. Disponible en: <http://www.osfq.org>. // Propuesta de regularización legal de la prescripción enfermera. Colegio oficial de Enfermería de Barcelona. Enero 2006. Colegio oficial d'infermeria de Barcelona. Borrador de Propuesta de regularización legal para la prescripción enfermera. Enero 2006.

tante indicar que no sólo fueron los sindicatos y colegios profesionales los que se enfrentaron a la Ley 29/2006, sino los propios representantes de los partidos políticos de todas las tendencias, que levantaron tímidas voces a través de los respectivos representantes de la Sanidad y de los Presidentes de las Comunidades Autónomas^{9,10}.

Pero realmente en España no fue hasta mediados del 2009 cuando se tomaron medidas drásticas. Nos referimos a la posición clara y contundente del Gobierno Andaluz que por Decreto 307/2009 de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, amplió las competencias del personal de enfermería hasta la prescripción. Dicha potestad, evidentemente, siempre estaba limitada a medicamentos sin prescripción médica y en todo caso sometida al seguimiento de unos determinados protocolos sanitarios.

La validez del citado Decreto estuvo en entredicho desde su publicación, pues chocaba de frente con la Ley General de Sanidad y con la Ley 29/2006 del medicamento, aunque tratase de escudarse en su disposición final. Por todo ello, era difícil sostener con argumentos su aplicación.

Esta incómoda situación desapareció cinco meses después: a través de la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

La modificación sustancial no sólo trae causa en el citado Decreto 307/2009 de 21 de julio, del Gobierno Andaluz, sino muy especialmente en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, de la que se hablará posteriormente.

Como conclusión de lo anterior, podemos decir que en España está vigente la prescripción enfermera a expensas únicamente del desarrollo de la competencia a través de los correspondientes protocolos y vías clínicas.

6.4. Prescripción enfermera: concepto, objeto, límites según la Ley nacional

De acuerdo con la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26

de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se ha cambiado sustancialmente la legislación respecto de la redacción anterior.

Hasta hace apenas unos meses no existía posibilidad alguna de que la enfermería pudiese prescribir ni siquiera un fármaco común que el propio paciente podría comprar en la farmacia sin receta médica. Incluso ni siquiera podría llevar a cabo un tratamiento como puede ser la desinfección de una herida sin la correspondiente prescripción médica. La situación que ha estado viviendo la enfermería ha sido restrictiva, y en ocasiones poco justificada, pues como todos sabemos, llevaba muchos años asumiendo funciones que no tenía legalmente asignadas en base a un objetivo: evitar la inoperancia del sistema sanitario. Sin la ayuda de este colectivo, el sistema sanitario se hubiera visto totalmente desbordado por unos procedimientos obsoletos y poco operativos en determinados casos.

La Ley 28/2009 es la respuesta a las innumerables solicitudes de los colectivos de enfermería de toda España. La modificación fundamental de la citada Ley es la siguiente:

«Artículo único:

Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 77, que tendrá la siguiente redacción:

1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica.

Sin perjuicio de lo anterior, los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.

El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las

⁹ Marina Geli, Consejera de Salud de Cataluña en 2008, defendió la ampliación de funciones de la enfermería para que pudiesen prescribir fármacos y material sanitario básico del que habitualmente utilizan en su actividad profesional diaria.

¹⁰ María José Montero, Consejera de Salud de Andalucía, señaló que podía existir la necesidad de avanzar y estudiar como la enfermería puede adquirir mayor protagonismo a la hora de prescribir algunos medicamentos. En julio de 2009 dictó el decreto que así lo regulaba.

organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo.»

Esta modificación permite la ejecución de dos tipos de prescripción:

a) Prescripción independiente de la enfermería:

Por un lado la prescripción independiente o autónoma del personal de enfermería para todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica, así como para los productos sanitarios. Además, tal y como indica el articulado: *los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos...* Es decir, se le atribuyen las mismas facultades que a un médico a la hora de prescribir. Es importante tener en cuenta que en caso alguno el enfermero deberá informar previamente al médico de la prescripción o indicación realizada, menos aún deberá ser autorizado por aquel. Es decir, actualmente el personal de enfermería cuenta con un sistema de prescripción independiente para todo medicamento y producto sanitario que no este sujeto a prescripción médica.

No podemos dejar de olvidar el gran paso que ha llevado acabo la legislación española, que va más allá que el inicial Decreto del Gobierno Andaluz, por medio del cual la enfermería podía prescribir exclusivamente medicamentos y productos sanitarios no sujetos a prescripción médica pero siempre bajo protocolos o vías clínicas. En el caso que ahora nos ocupa vemos cómo la enfermería es completamente autónoma, y procede a prescribir sin necesidad de acudir a ningún protocolo, ni autorización alguna por parte del médico. Es decir, estamos ante una auténtica prescripción independiente. Mucho más de lo que los principales grupos de presión solicitaron al gobierno en el momento de elaborar la Ley 29/2006 del medicamento.

b) Prescripción dependiente protocolizada: Se permite la prescripción por parte de la enfermería de medicamentos sujetos a prescripción médica a través de protocolos o vías clínicas. Es decir, a través de documentos consensuados entre los profesionales o entre sus colegios profesionales. Dichos documentos hacen referencia a una determinada patología, situación o diagnóstico y

al tratamiento que le corresponde para su curación o mejoría. Una vez que el médico estudia al paciente y determina su diagnóstico o situación, es la enfermería quien se encarga de llevar a cabo el tratamiento o control sin actuación posterior del médico, excepto si fuera necesaria.

A través del seguimiento de estos protocolos puede llegar a darse el caso de que el paciente no llegue a ver al médico en ningún momento, a lo largo de su patología, pues la propia enfermería podrá diagnosticar, tratar, controlar y finalizar el proceso.

Además, dejando al arbitrio de unos futuros protocolos y vías clínicas la aplicación práctica de esta potestad, se ha logrado algo impensable: el progresivo aumento de las competencias de la enfermería sin necesidad de tener que aprobar nuevas leyes o desarrollos normativos.

A su vez, se ha dejado en manos de los profesionales y sus colegios profesionales el límite de la facultad de prescribir. Esto es realmente un logro para la profesión sanitaria y al tiempo es una forma de desviar un foco de presión de una institución a otras: del gobierno a los colegios profesionales.

Como resumen de lo anterior, podemos dejar indicado que:

- El concepto de la prescripción enfermera en España ha pasado a ser muy amplio: la enfermería puede prescribir tanto medicamentos sujetos a prescripción médica como no sujetos a ella. Ha adquirido casi la misma capacidad que un facultativo.
- Objeto: el logro de un sistema sanitario mucho más ágil y en contacto con la realidad actual. La enfermera podrá prescribir casi los mismos medicamentos que el facultativo.
- Límites: el gobierno ha eliminado los límites legislativos de la prescripción enfermera, y los ha dejado en manos de los profesionales y sus colegios profesionales. Por tanto, legalmente diremos que no constan límites.

6.5. Influencia legislativa. La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales

Como se ha indicado anteriormente, en varios países europeos ya estaba implantada y aplicada la prescripción enfermera. Incluso en alguno como el

Reino Unido, esa potestad es igualmente del colectivo farmacólogo.

Como no podía ser menos, la unificación de criterios estaba a la espera de llegar de mano de la Unión Europea. Esta se ha logrado a través de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales. La citada Directiva afecta en especial a las siguientes profesiones: arquitectura, medicina, enfermería,

matronas, farmacología, odontología y veterinaria. Esta Directiva, al igual que las anteriores relativas a las profesiones sanitarias, diferencia totalmente la enfermería de cuidados generales de las matronas, quedando reguladas de forma autónoma y separada. Determina para cada una de ellas una serie de requisitos formativos¹¹.

La finalidad de esta Directiva queda plasmada en la Exposición de Motivos, en la que se nos indica lo siguiente:

¹¹ A saber en el caso de la enfermería responsable de cuidados generales. Directiva 2005/36/CE. Anexo V. V 2.: V.2. ENFERMERO RESPONSABLE DE CUIDADOS GENERALES

5.2.1. Programa de estudios para los enfermeros responsables de cuidados generales

El programa de estudios necesarios para obtener el título de formación de enfermero responsable de cuidados generales incluirá las dos partes siguientes y, como mínimo, las materias enumeradas a continuación.

A. Enseñanza teórica

a) Cuidados de enfermería:

- Orientación y ética de la profesión
- Principios generales de salud y de cuidados de enfermería
- Principios de cuidados de enfermería en materia de:
 - medicina general y especialidades médicas
 - cirugía general y especialidades quirúrgicas
 - puericultura y pediatría higiene
 - y cuidados de la madre y del recién nacido
 - salud mental y psiquiatría
 - cuidados de ancianos y geriatría

b) Ciencias básicas:

- Anatomía y fisiología
- Patología
- Bacteriología, virología y parasitología
- Biofísica, bioquímica y radiología
- Dietética
- Higiene:
 - Profilaxis
 - Educación sanitaria
 - Farmacología

c) Ciencias sociales:

- Sociología
- Psicología
- Principios de administración
- Principios de enseñanza
- Legislación social y sanitaria
- Aspectos jurídicos de la profesión

B. Enseñanza clínica

- Cuidados de enfermería en materia de:
 - medicina general y especialidades médicas
 - cirugía general y especialidades quirúrgicas
 - puericultura y pediatría
 - higiene y cuidados de la madre y del recién nacido
 - salud mental y psiquiatría
 - cuidados de ancianos y geriatría
 - cuidados a domicilio

La enseñanza de una o de varias de estas materias podrá impartirse en el marco de las otras disciplinas o en conexión con ellas.

La enseñanza teórica deberá ponderarse y coordinarse con la enseñanza clínica de manera que se adquieran de forma adecuada los conocimientos y competencias enumerados en este anexo.

La garantía que confiere la presente Directiva a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales debe entenderse sin perjuicio del cumplimiento por el profesional migrante de las condiciones de ejercicio no discriminatorias que pueda imponerle este último Estado miembro, siempre que tales condiciones estén justificadas objetivamente y sean proporcionadas.

La libre circulación y el reconocimiento mutuo de los títulos de formación de médico, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, farmacéutico y arquitecto deben basarse en el principio fundamental del reconocimiento automático de los títulos de formación sobre la base de la coordinación de las condiciones mínimas de formación. (...)

De su articulado destacamos lo siguiente:

Artículo 4. Efectos del reconocimiento

1. *El reconocimiento de las cualificaciones profesionales por el Estado miembro de acogida permitirá al beneficiario acceder en ese Estado miembro a la misma profesión que aquella para la que está cualificado en el Estado miembro de origen y ejercerla con los mismos derechos que los nacionales.*

2. *A efectos de la presente Directiva, la profesión que se propone ejercer el solicitante en el Estado miembro de acogida es la misma que aquella para la que está cualificado en su Estado miembro de origen si las actividades cubiertas son similares.*

Pero a su vez para evitar posibles (y más que pre-visibles) conflictos determina que los derechos adquiridos en el país de destino no puedan ser aplicados en el país de origen, en caso de que la regulación de las profesiones sea diferente.

12. *La presente Directiva trata del reconocimiento por parte de los Estados miembros de las cualificaciones profesionales adquiridas en otros Estados miembros. No hace referencia, sin embargo, al reconocimiento por parte de los Estados miembros de las decisiones de reconocimiento adoptadas por otros Estados miembros de conformidad con la presente Directiva. Por consiguiente, las personas que tengan cualificaciones profesionales que hayan sido reconocidas en virtud de la presente Directiva no pueden hacer valer este reconocimiento para obtener en su Estado miembro de origen otros derechos diferentes de los que les confiere la cualificación profesional obtenida en ese Estado miembro, a menos que acrediten que han obtenido otras cualificaciones profesionales en el Estado miembro de acogida.*

Quizás este sea el punto de inflexión de la citada Directiva en lo que atañe a este documento. La cues-

tión es la siguiente, hasta que la Ley 28/2009 no fuera aprobada, ¿las enfermeras holandesas o inglesas que venían a España no podían prescribir aunque estuvieran formadas y lo hicieran de forma ordinaria en sus respectivos países? ¿O que una enfermera española que quisiera estudiar en Inglaterra no podría aplicar sus conocimientos adquiridos de prescripción en España? La respuesta era SI, lo que evidentemente creaba un perjuicio grande en nuestro país, pues evitaba que profesionales bien formados de otros estados miembros vinieran a España a compartir su experiencia y conocimientos. A su vez se provocaba que nuestros profesionales, una vez establecidos en otros países comunitarios, fueran reacios a volver y compartir su experiencia y formación. Lamentablemente esta era la situación que se ha venido dando.

La citada Directiva según su artículo 67 debía de ser transpuesta antes del 20 de Octubre de 2007, pues bien ha sido a través del *Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado*. Es decir, un año y un mes más tarde de lo requerido por la Unión Europea.

Ciertamente, la transposición es casi idéntica que la Directiva Europea sólo que ampliada a casos prácticos, como es costumbre en la mayoría de las ocasiones.

Destacamos los siguientes:

Artículo 19. Niveles de cualificación profesional.

A los efectos de la aplicación de las condiciones para el reconocimiento señaladas en el artículo 21, las cualificaciones profesionales se agrupan en los niveles de formación que se indican, acreditados por los certificados y títulos siguientes: (...)

3. *Título expedido por una autoridad competente de un Estado miembro que acredite:*

- a) *La superación de un ciclo de estudios postsecundarios, de una duración mínima de un año, distinto de los mencionados en los apartados 4 y 5, o de una duración equivalente si se trata de estudios seguidos a tiempo parcial, y siempre que una de las condiciones de acceso a dicho título sea la de haber terminado el ciclo de estudios secundarios exigido para acceder a la enseñanza universitaria o superior, o una formación equivalente de nivel secundario, así como la formación profesio-*

nal exigida en su caso además del ciclo de estudios postsecundarios.

- b) **En el caso de una profesión regulada, aquellas formaciones de estructura específica recogidas en el anexo II del presente Real Decreto, equivalentes al nivel de formación indicado en la letra a) de este apartado, que confieran un nivel profesional comparable y preparen para un nivel comparable de responsabilidades y funciones.**

4. Título expedido por una autoridad competente de un Estado miembro que acredite la superación de un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años y no superior a cuatro, o una duración equivalente a tiempo parcial, en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación, así como la formación profesional exigida, en su caso, además de dicho ciclo de estudios postsecundarios.
5. Título expedido por la autoridad competente de un Estado miembro que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de cuatro años, o de una duración equivalente si se trata de estudios seguidos a tiempo parcial, en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otra Institución de nivel equivalente y, en su caso, que ha superado la formación profesional que sea exigible además de dicho ciclo de estudios postsecundarios.

Artículo 20. Formaciones equiparadas.

1. **Quedan equiparados a los títulos de formación que acrediten la superación de las formaciones descritas en el artículo anterior, incluido el nivel correspondiente, todos aquellos títulos de formación o conjunto de títulos de formación expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro, siempre que acrediten una formación completa adquirida en la Unión Europea, reconocida por dicho Estado miembro como de nivel equivalente, y que otorgue los mismos derechos de acceso a una profesión, o a su ejercicio, o que preparen para el ejercicio de dicha profesión.**

Artículo 21. Condiciones para el reconocimiento.

1. **En los supuestos de las profesiones reguladas en España, cuyo acceso y ejercicio estén supeditados a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, la autoridad competente española concederá el**

acceso a esa profesión y su ejercicio, en las mismas condiciones que a los españoles, a los solicitantes que posean el certificado de competencia o título de formación exigidos por otro Estado miembro para acceder a esa misma profesión en su territorio o ejercerla en el mismo. (...)

Artículo 30. Reconocimiento automático de cualificaciones profesionales. Marco general.

1. **Por la autoridad competente española se reconocerán los títulos de formación de médico, de médico especialista, de enfermera responsable de cuidados generales, de odontólogo, de veterinario, de farmacéutico y de arquitecto mencionados, respectivamente, en los puntos 5.1.1, 5.1.2, 5.2.2, 5.3.2, 5.4.2, 5.6.2, y 5.7.1 del anexo V, siempre que reúnan las condiciones mínimas de formación previstas en los artículos 36, 37, 43, 47, 51, 60 y 62. El reconocimiento para el acceso a estas actividades profesionales y su ejercicio, surtirá los mismos efectos que los conferidos a los títulos de formación expedidos en España. (...)**
3. **La autoridad competente española reconocerá los títulos de formación de matrona expedidos a nacionales de los Estados miembros por los demás Estados miembros, que se mencionan en el punto 5.5.2 del anexo V, siempre que se ajusten a las condiciones mínimas de formación reguladas en el artículo 53 y respondan a una de las modalidades señaladas en el artículo 54. El reconocimiento para el acceso a las actividades profesionales y su ejercicio tendrá el mismo efecto que los títulos de formación expedidos en España. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos a los que se refieren los artículos 31 a 35, y 56 a 59.**

Artículo 43: Formación en Enfermería responsable de cuidados generales.

1. **En España, la formación básica de enfermera responsable de cuidados generales es la que conduce a la obtención del título universitario oficial de Diplomado en Enfermería, establecido por el Real Decreto 1466/1990, de 26 de octubre, o a la obtención del título de Grado establecido de acuerdo con las previsiones contenidas en la Orden CIN/2134/2008, de 3 de julio, conforme a las condiciones del Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008¹². Dichos títulos permiten el ejercicio de las actividades profesionales a que se refiere el**

¹² Ver notas 4 y 5.

artículo 7.2.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

2. Para su reconocimiento, a efectos del acceso a las actividades profesionales de enfermera responsable de cuidados generales, la formación conducente a la obtención de los títulos a que se refiere el artículo 30 deberá cumplir los requisitos que se recogen en los siguientes apartados:

a) La admisión a la formación estará supeditada a la posesión de un diploma, certificado o título que acredite una formación de enseñanza básica de, al

menos, diez años o de un certificado que acredite la superación de un examen de admisión de nivel equivalente en escuelas profesionales de enfermeras.

- b) Se realizará a tiempo completo y se referirá, como mínimo, al programa que figura en el punto 5.2.1 del Anexo V¹³.
- c) Comprenderá, por lo menos, tres años de estudios o 4.600 horas de formación teórica y clínica, representando la duración de la formación teórica como mínimo un tercio, y la formación clínica al menos la mitad, de la duración mínima de la formación.

¹³ ANEXO V. Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre.

V.2. ENFERMERA RESPONSABLE DE CUIDADOS GENERALES

5.2.1. Programa de estudios para las enfermeras responsables de cuidados generales

El programa de estudios necesarios para obtener el título de formación de enfermera responsable de cuidados generales incluirá las dos partes siguientes y, como mínimo, las materias enumeradas a continuación.

A. Enseñanza teórica

a) Cuidados de enfermería:

- Orientación y ética de la profesión
- Principios generales de salud y de cuidados de enfermería
- Principios de cuidados de enfermería en materia de:
 - medicina general y especialidades médicas
 - cirugía general y especialidades quirúrgicas
 - puericultura y pediatría higiene
 - y cuidados de la madre y del recién nacido
 - salud mental y psiquiatría
 - cuidados de ancianos y geriatría

b) Ciencias básicas:

- Anatomía y fisiología
- Patología
- Bacteriología, virología y parasitología
- Biofísica, bioquímica y radiología
- Dietética
- Higiene:
 - Profilaxis
 - Educación sanitaria
 - Farmacología

c) Ciencias sociales:

- Sociología
- Psicología
- Principios de administración
- Principios de enseñanza
- Legislación social y sanitaria
- Aspectos jurídicos de la profesión.

B. Enseñanza clínica

- Cuidados de enfermería en materia de:
 - medicina general y especialidades médicas
 - cirugía general y especialidades quirúrgicas
 - puericultura y pediatría
 - higiene y cuidados de la madre y del recién nacido
 - salud mental y psiquiatría
 - cuidados de ancianos y geriatría
 - cuidados a domicilio.

La enseñanza de una o de varias de estas materias podrá impartirse en el marco de las otras disciplinas o en conexión con ellas.

La enseñanza teórica deberá ponderarse y coordinarse con la enseñanza clínica de manera que se adquieran de forma adecuada los conocimientos y competencias enumerados en este anexo.

d) *Deberá haber sido impartida por personal docente de enfermería, así como por otras personas competentes, y la formación clínica se impartirá en hospitales y otros centros sanitarios.*

3. La formación acreditada deberá implicar que la persona solicitante ha adquirido los siguientes conocimientos y competencias:

a) *Un conocimiento adecuado de las ciencias en las que se basa la enfermería general, incluida una comprensión suficiente de la estructura, funciones fisiológicas y comportamiento de las personas, tanto sanas como enfermas, y de la relación existente entre el estado de salud y el entorno físico y social del ser humano.*

b) *Un conocimiento suficiente de la naturaleza y de la ética de la profesión, así como de los principios generales de la salud y de la enfermería.*

c) *Una experiencia clínica adecuada, adquirida bajo la supervisión de personal de enfermería cualificado y en los lugares donde la importancia del personal cualificado y los equipos sean adecuados para la prestación de los cuidados de enfermería.*

d) *La posibilidad de participar en la formación práctica del personal sanitario y la experiencia de trabajar con ese personal.*

e) *La experiencia de trabajar con miembros de otras profesiones del sector sanitario.*

4. A efectos del presente real decreto, las actividades profesionales de enfermera responsable de cuidados generales serán las que se ejercen con carácter profesional con los títulos que figuran en el punto 5.2.2 del Anexo V¹⁴.

Como podemos ver a lo largo de este Real Decreto, se indica la forma de acceder al título de Enfermería y su respectiva equiparación comunitaria. A la hora de condicionar la equiparación, determina de forma general las funciones que deben ejercer los profesionales de enfermería de cuidados generales. Posteriormente son algo más desarrolladas en el Anexo V del citado Real Decreto. Respecto del asunto que nos ocupa, la prescripción enfermera puede verse reflejada en los siguientes epígrafes:

A. Enseñanza teórica

a) Cuidados de enfermería: Principios de cuidados de enfermería en materia de: medicina

general y especialidades médicas; cirugía general y especialidades quirúrgicas; puericultura y pediatría higiene; y cuidados de la madre y del recién nacido; salud mental y psiquiatría; cuidados de ancianos y geriatría

b) Ciencias básicas: Farmacología

B. Enseñanza clínica:

Cuidados de enfermería en materia de: medicina general y especialidades médicas; cirugía general y especialidades quirúrgicas; puericultura y pediatría; higiene y cuidados de la madre y del recién nacido; salud mental y psiquiatría; cuidados de ancianos y geriatría; cuidados a domicilio

Evidentemente, la farmacología unida a cualquiera de los cuidados que deben prestarse supone la puerta abierta a una futura reglamentación de la prescripción de la enfermería.

Pero el desarrollo más vinculante no es el de la enfermería responsable de cuidados generales, sino muy especialmente el de las matronas, como se puede ver en el artículo 55 que pasamos a exponer:

Artículo 55. Ejercicio de las actividades profesionales de enfermera especialista obstétrico-ginecológica (matrona).

En España, las actividades profesionales de enfermera especialista obstétrico-ginecológica (matrona) son las siguientes:

a) *Prestar información y asesoramiento adecuados sobre planificación familiar.*

b) *Diagnosticar el embarazo y supervisar el embarazo normal; realizar los exámenes necesarios para la supervisión del desarrollo de los embarazos normales.*

c) *Prescribir o asesorar sobre los exámenes necesarios para el diagnóstico precoz de los embarazos de alto riesgo.*

d) *Facilitar programas de preparación parental y preparación completa al parto, incluida la información relacionada con la higiene y la nutrición.*

e) *Prestar cuidados y asistencia a la madre durante el parto y supervisar la condición del feto en el útero mediante los métodos clínicos y técnicos apropiados.*

f) *Atender el parto normal, cuando se trate de una presentación de vértice, incluyendo, si es necesario, la episiotomía y, en caso de urgencia, atender el parto en presentación de nalgas.*

¹⁴ Ver notas 13.

- g) *Reconocer en la madre o en el niño los signos indicadores de anomalías que precisen la intervención de un médico y, en su caso, asistir a éste; adoptar las medidas necesarias en ausencia del médico, en particular la extracción manual de la placenta, seguida, en su caso, del reconocimiento manual del útero.*
- h) *Reconocer y prestar cuidados al recién nacido; adoptar todas las iniciativas precisas en caso de necesidad y practicar, si llega el caso, la reanimación inmediata.*
- i) *Asistir y supervisar los progresos de la madre después del parto y prestarle el asesoramiento necesario en relación con los cuidados al niño para que pueda garantizar el progreso óptimo del recién nacido.*
- j) *Realizar el tratamiento prescrito por el médico.*
- k) *Redactar los informes que sean necesarios.*

En el caso de los párrafos señalados vemos una vinculación directa con la prescripción de la enfermería. En lo que respecta a esta profesión, la existencia de protocolos y vías clínicas para la prescripción de medicamentos, el tratamiento y control de la paciente logrará un evidente descenso de la carga asistencial en los médicos obstetras.

Respecto de la limitación de competencias, el artículo 70 nos recuerda que independientemente de donde se haya adquirido el título correspondiente, sólo se podrá llevar a cabo la actividad profesional en España de acuerdo a los límites, competencias y definiciones propias del derecho nacional:

Artículo 70. Uso del título profesional español y obligaciones del profesional reconocido.

2. *La persona beneficiaria del reconocimiento estará sujeta, para ejercer la profesión, a las normas profesionales españolas de carácter profesional, jurídico o administrativo que estén directamente relacionadas con las cualificaciones profesionales, incluyendo la definición y la ordenación de la profesión, la colegiación, el empleo de títulos y la negligencia profesional grave que se encuentre directa y específicamente relacionada con la protección y la seguridad del consumidor, así como a las disposiciones disciplinarias aplicables en España a los profesionales que ejerzan la misma profesión.*

Una vez transpuesta la Directiva a través del Real Decreto 1837/2008 de 8 de noviembre, era poco lógico mantener la situación de la enfermería en España. Por tanto, primero a través del gobierno andaluz y posteriormente a través del nacional se determinó la regulación de la prescripción de la enfermería.

6.6. La prescripción enfermera en las CCAA

A través de la lectura de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, Ley 15/1990 de 9 de julio, de Sanidad de Cataluña, Ley 7/2005 de 25 de abril, de Salud de Cataluña, Ley 7/2002 de 10 de diciembre, de Sanidad de Cantabria, Ley 11/1994 de 26 de julio de Sanidad de Canarias, Ley 1/1993 de 6 de abril de Sanidad de Castilla y León, Ley 8/2000 de 30 de Noviembre de Sanidad de Castilla La Mancha, Ley 6/2008 de 2 de junio de Aseguramiento Sanitario de la Comunidad Valenciana, Ley 1/2005 de 24 de junio de atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura, Ley 8/2008 de 10 de julio de Sanidad de Galicia 2008, Ley 5/2003 de 4 de abril de Salud de las Illes Balears, Ley 8/1997 de 26 de junio de Sanidad del País Vasco o Ley 4/1996 de 26 de julio de salud de Murcia, no se ha llegado a encontrar una disposición concreta en la que se permita o se prevea la prescripción de la enfermería. Tal legislación autonómica está muy influenciada ya sea por la Ley General de Sanidad de 1986, así como por la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias.

Si bien, no podemos negar que en innumerables ocasiones tanto los presidentes de las comunidades autónomas como sus respectivos consejeros de sanidad o salud han manifestado públicamente la necesidad de ampliar las funciones de la enfermería, haciendo hincapié en la prescripción enfermera.

Finalmente, la primera y única Comunidad Autónoma que ha llegado a dar el paso de regular esta situación, ha sido la andaluza a través del Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

A través de dicho Decreto la enfermería de esa Comunidad Autónoma puede prescribir pero sólo bajo seguimiento de protocolos y vías clínicas. No se permite la prescripción autónoma de medicamentos no sujetos a prescripción médica, tal y como se ha permitido a través de la Ley nacional.

El citado Decreto se aprobó no sin una gran polémica, pues estaba regulando materia exclusiva del gobierno central, y además estaba contradiciendo de forma notoria la Ley 29/2006 del medicamento.

La justificación del decreto para ver la luz era la siguiente, de acuerdo con su exposición de motivos:

No obstante la disposición adicional duodécima de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio, dispone que para fa-

cilitar la labor de los profesionales sanitarios que, de acuerdo con esta Ley, no pueden prescribir medicamentos, en el plazo de un año el Ministerio de Sanidad y consumo revisará la clasificación de los medicamentos de uso humano que han de dispensarse con o sin receta médica. (...)

En el ámbito de las profesiones sanitarias, cada vez son mayores los espacios competenciales compartidos y el funcionamiento del trabajo en equipo entre profesionales. La cooperación multidisciplinaria, por tanto, es uno de los principios básicos de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que determina en su artículo 9.1

Que la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas. (...)

Por lo que se refiere al ámbito de actuación de los especialistas en enfermería obstétrico-ginecológica, la Directiva Europea 2005/36 CE, del Parlamento y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, cuya transposición se ha realizado por Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, determina que tienen facultades para el diagnóstico, supervisión, asistencia del embarazo, parto, posparto y de la persona recién nacida normal mediante los medios técnicos y clínicos adecuados. (...)

Por ello, este Decreto en el marco de las funciones establecidas en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, viene a desarrollar las actuaciones específicas de los enfermeros y de las enfermeras, consistentes en la cooperación, en el seguimiento protocolizado de determinados tratamientos con medicamentos, la facultad de usar e indicar medicamentos no sujetos a prescripción médica, e indicar y prescribir los productos sanitarios, incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (...)

El presente Decreto ha sido recurrido desde el mismo momento de su publicación por el Consejo General de Colegios de Médicos (máxima institución al respecto de la profesión médica). A día de hoy se encuentra paralizado y cautelarmente suspendido en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por Auto del citado Tribunal se determina posible existencia de seis vicios de ilegalidad entre los que se encuentran infracción del principio de delimitación de competencias e infracción del principio de reserva legal ya que, «según el artículo 36 de la Constitución la regulación de las profesiones debe hacerse por Ley no por Decreto».

El debate iniciado ya no tiene mucho sentido, pues desde la aprobación de la Ley 28/2009 de 30 de diciembre de ámbito nacional queda superado el conflicto surgido en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ninguna otra Comunidad Autónoma ha llegado a legislar nada en este sentido, aunque casi todas hayan manifestado su intención de llevarlo a cabo en algún momento.

6.7. Actualidad Comunitaria Actualidad Mundial

Actualidad Comunitaria:

Como ya se ha indicado anteriormente, varios son los países europeos en los que se está llevando a la práctica la prescripción de la enfermería desde hace tiempo. Entre otros, se da en Holanda, Francia, Dinamarca, Noruega, Irlanda, Suecia y Reino Unido¹⁵. Este último no sólo contempla una amplia prescripción de la enfermería sino también farmacéutica.

En Europa el país pionero en la implantación de este sistema fue el sueco en 1988, aunque no se llegará a aplicar a nivel nacional hasta 1994. Actualmente, las enfermeras que deseen prescribir deberán tener una formación específica de postgrado.

Posteriormente, el Reino Unido en 1994 legisló a favor de la implantación de un programa piloto de prescripción enfermera tras la recomendación del Royal Collage of Nursing en 1980. Fue en 1998, tras los buenos resultados obtenidos, que se acordó la extensión de la facultad prescriptora de la enfermería a todo el país.

En Francia, si bien la enfermería responsable de cuidados generales no cuenta con potestad para prescribir medicación, si cuentan con ella las matronas.

En Holanda la enfermería está habilitada para prescribir todo aquello que sea necesario en caso de urgencia.

Actualidad Mundial:

Tenemos conocimiento de que tanto en países desarrollados como en subdesarrollados se lleva a cabo la prescripción de la enfermería. Casos, por ejemplo, como el de EEUU, Canadá, Australia, Nueva Zelanda o Sudáfrica¹⁶.

¹⁵ Colegio Oficial d'Infermeria de Barcelona. Propuesta de regularización de la prescripción enfermera. Enero 2006.

¹⁶ Ver Nota nº 15.

En EEUU hace más de 30 años que se lleva a cabo la prescripción de la enfermería. Las interesadas en llevarlo a cabo, igualmente, deben cursar estudios de postgrado y posteriormente especializarse en una o varias especialidades médicas: pediatría, obstetricia, anestesiología, psiquiatría, etc...

La causa principal de esta medida es la escasez manifiesta de personal facultativo, así como el alto coste de su formación. La posibilidad de delegar funciones en el personal de enfermería, que requiere entre 3 y 4 años de experiencia, frente a los 6 de formación del facultativo más otros 3 de especialización, hacen que la profesión de enfermería se vea abocada a la asunción de más responsabilidad y competencia en pos de lograr un sistema sanitario ágil y ajustado a la realidad.

6.8. Voces a favor y en contra

Independientemente de que ya esté aprobada la prescripción de la enfermería, son muchas las voces que han mantenido una lucha abierta por su aprobación o en su caso por la separación de funciones. Evidentemente los colectivos de enfermería y medicina han sido los propietarios de esas voces.

Por un lado el colectivo de enfermería ha abogado siempre por una ampliación de sus competencias en base a la amplia formación con la que manifiesta contar. Ciertamente, tal como hemos visto antes, la carrera de la enfermería se puede catalogar de meteórica, pasó de ser calificada como titulación en 1915 para ser enseñanza universitaria en 1978. Los contenidos en uno y otro momento no tienen nada que ver. Menos aun si somos conscientes de los cambios que se llevarán a cabo con la implantación del Plan Bolonia, que en la Universidad Complutense de Madrid se logrará a partir del próximo año en enfermería¹⁷. Por medio de este, las enfermeras podrán optar al doctorado, con lo cual habrá una diferencia sustancial con la profesión médica: mientras que un facultativo necesita 6 años para finalizar una carrera, 3 años para especializarse en la materia y posteriormente optar al doctorado, veremos que la enfermera podrá ser doctora 4 años antes que el facultativo. Este hecho evidentemente es digno de ser señalado.

Por otra parte, si tenemos en cuenta que en la mayoría de los países más desarrollados de la Unión Europea está implantada la prescripción enfermera, sería poco lógico que una enfermera titulada en Es-

paña de acuerdo con el Plan Bolonia no pudiera llevar a cabo la misma actuación que sus homólogos europeos con la misma titulación, y lo que es más grave, que sus homólogos europeos se nieguen a desplazarse a España al saber que no podrán poner en práctica sus conocimientos y actividades aprendidas en el país de origen. Esta misma situación es la que puede provocar la fuga de nuestros profesionales con más iniciativa a otros países comunitarios, lo que en ningún caso favorecería la calidad asistencial española.

Realmente, cuando más movimiento y presión ha habido en lo que se refiere a la prescripción enfermera ha sido a lo largo del año 2006, tanto durante el periodo de gestación de la llamada Ley del Medicamento como una vez aprobada. Las voces de descontento fueron dignas de ser citadas, pues tal como se dijo anteriormente, muchos colectivos de enfermería dieron por ganada una batalla antes incluso de empezarla, de ahí su posterior frustración y el correlativo entusiasmo por parte de la profesión médica.

Esta última si bien no está totalmente en desacuerdo con la prescripción enfermera, considera en su mayoría que la enfermería no está ni formada, ni preparada para llevar a cabo un servicio tan sensible como la prescripción de medicamentos. Si bien son pocos los que reniegan totalmente de esta competencia para la enfermería, pues consideran poco operativo que la enfermería no tenga capacidad para prescribir productos sanitarios, ni medicamentos sin prescripción médica que hasta el propio paciente puede pedir en la farmacia sin receta.

Realmente en determinados casos, como pueden ser las residencias geriátricas, o el seguimiento del embarazo, resulta ineficiente que el paciente tenga que solicitar la receta al médico cuando es la enfermera la que sigue todo el proceso, y más teniendo en cuenta que son siempre los mismos medicamentos y productos sanitarios los que se solicitan. Lo que además no tiene justificación es que el paciente espere largas colas de forma sistemática para obtener la misma medicación. Evidentemente sería más sencillo y ágil que la enfermería se encargase de este tipo de procedimiento y que el médico tuviese más tiempo para estudiar los casos que realmente requieren de sus conocimientos.

El Colegi Oficial d'Infermeria de Barcelona¹⁸ indica que «el hecho de disponer de esas autonomía significaría un valor añadido en la actividad profesional de la enfermera».

¹⁷ Ver Nota nº 5.

¹⁸ Ver Nota nº 15.

Según Estudio Delphi realizado por el propio Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona, las propias enfermeras definen su prescripción como «emitter un criterio profesional sanitario dirigido al paciente para el cual se propone la realización de una acción basada en un juicio clínico y terapéutico o de cuidados».

Pero según la Organización Colegial de Enfermería del Consejo General (máximo órgano de esta profesión), la prescripción enfermera es «La capacidad de seleccionar, guiados por criterios de buena práctica, diferentes materiales, productos y/o dispositivos encaminados a satisfacer las necesidades de salud del usuario y de la población, apoyados por el juicio clínico enfermero y administrados en forma de cuidados».

Desde el otro punto de vista, encontramos también oposición clara a la prescripción de la enfermería:

La Asociación Médica Mundial, a través del Comité de Asuntos Médicos y Sociales expresó en 2008¹⁹ su malestar por la creciente presión de grupos profesionales y sociales que solicitaban la prescripción de fármacos por otros profesionales que no fuera médicos. «También recordó que el médico tiene un compromiso ético y profesional con su paciente, al que debe asegurar una atención de calidad científica y humana, responsabilizándose de todo aquello que afecte a su salud, comenzando por el tratamiento. Por todo ello reiteró que la prescripción de medicamentos debe estar reservada exclusivamente al médico por razones de formación, capacitación, conocimiento del paciente y del medicamento, en defensa de la calidad asistencial, de la seguridad del paciente, de la propia relación del médico con el enfermo, así como para disminuir los problemas relacionados con el medicamento y defender de la confianza social en la profesión médica.»

Igualmente, la asociación SEMERGEN²⁰ (sociedad médica) en 2006 se posicionó claramente en contra de la prescripción enfermera: «La prescripción suele ser el resultado final del proceso de la atención médica; y este proceso, que se inicia con la anamnesis o exploración física, se continúa con un planteamiento diagnóstico y finalmente con un plan de manejo terapéutico, se debe comprender como un continuum clínico-asistencial, donde cada paso se entiende como parte integrante de un todo y no pueden ser separados los unos de los otros. El médico debe ser el auténtico director del proceso asistencial y dentro de este está incluida la terapéutica.

Este proceso asistencial, como acto médico, es y debe seguir siendo responsabilidad única y exclusiva del profesional médico, siendo éste, en el momento actual, el único profesional que posee las competencias clínicas adecuadas para realizar esta función con calidad, derivadas de su formación Universitaria y de postgrado.»

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, informó a finales del 2007 que la prescripción enfermera ha fracasado como modelo en el Reino Unido²¹: «El doctor Jimeno Mollet, tras cinco años de experiencia profesional en el Reino Unido, ha podido constatar la evolución y situación actual en que se encuentran en el Reino Unido los médicos de atención primaria con relación a la denominada prescripción enfermera, un modelo no extrapolable a nuestro país y que actualmente se encuentra en clara regresión al haberse demostrado que además de no resolver eficazmente los problemas asistenciales, no mejora la eficiencia económica del sistema y existen serias dudas en el ámbito de la seguridad de los tratamientos farmacológicos.»

A día de hoy las posiciones continúan pareciendo irreconciliables, ya que la profesión médica ve peligrar sus competencias al trasladar la prescripción a otros grupos profesionales. En el caso de la prescripción por protocolos igualmente se encuentra un conflicto que a priori parece insalvable, como es la determinación del sujeto sobre el que recaerá la responsabilidad en caso de que la medicación prescrita por la enfermera devenga en efectos adversos. En este caso, continúa siendo el médico el último responsable del tratamiento del paciente y no así la enfermera. Por todo ello, parece difícil que en un futuro cercano estas posiciones puedan llegar a un punto en común.

6.9. Valoración

A ¿La Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, afecta a la prescripción enfermera?

Evidentemente sí, y además afecta de una forma muy evidente no sólo a la prescripción, sino en general a toda la profesión de enfermería.

¹⁹ Comité de Asuntos Médicos y Sociales de la Asociación Médica Mundial. Noticia extraída del portal electrónico del Ilustre Colegio de Médicos de Madrid. Mayo 2008.

²⁰ SEMERGEN y semFYC no se ponen de acuerdo. Sobre el acto de prescribir. Noticia extraída del portal electrónico del Ilustre Colegio de Médicos de Madrid. Junio 2006.

²¹ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España. El modelo británico de prescripción enfermera no es extrapolable a España y además ha fracasado. Portal del consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España. Diciembre 2007.

La Directiva 2005/36/CE ha logrado una unificación de criterios que se hacía esperar. La existencia de un espacio común europeo tanto económico como laboral no es compatible con una regulación individualista y limitativa de los mercados.

La enfermería se ha visto afectada en cuanto a la adquisición del título universitario —pasando de 3 años a 4—, a las posibilidades que le ofrece tal título —ya no nos queda nada de tiempo para ver a las primeras Doctoras en Enfermería—, así como para su desarrollo. Se amplían sus funciones y se le da la posibilidad de actuar en el resto de países comunitario de forma temporal y/o permanente, por el hecho de haber cursado sus estudios en España.

Es realmente importante decir que la apertura de fronteras laborales para la enfermería comunitaria es un gran elemento para su desarrollo. La posibilidad de poder compartir conocimientos y prácticas con el resto de países europeos no hace sino mejorar las capacidades de la profesión. Además, ampliará la competitividad, pues los propios empresarios estudiarán que nacionalidades son las mejor preparadas para llevar a cabo una determinada actividad. Por lo que la propia profesión encontrará más alicientes para desarrollarse y lograr a nivel europeo una unificación de criterios y competencias.

Uno de los factores más evidentes de esa afectación es la posibilidad de desarrollar una nueva función, la de prescribir. Si bien en el caso de la enfermería de cuidados de generales tal función es sensible pero no evidente, si lo es de forma contundente en las enfermeras matronas. Aun así, ambas han logrado la atribución de esa nueva competencia a través de leyes posteriores pero complementarias a la citada Directiva.

Por todo ello podemos decir sin lugar a dudas, una vez visto el contenido del presente documento, que la profesión de enfermería se verá claramente afectada por la Directiva Europea de reconocimiento de las cualificaciones profesionales y ha favorecido claramente la legislación a favor de la prescripción enfermera en España.

B ¿La prescripción enfermera mejorará la calidad de la sanidad española?

Tras la lectura del presente documento continúa siendo difícil la adopción de una única postura al

respecto. Ciertamente la aplicación del sistema de prescripción enfermera delegada a través de protocolos y vías clínicas no parece a priori un sistema que pueda entorpecer el actual sistema sanitario, si acaso mejorarlo o al menos mantenerlo en sus actuales circunstancias.

Por otra parte, para saber si se logrará una mejora de la calidad, debemos saber primeramente qué se entiende por calidad.

Según la Real Academia de la Lengua Española²² por calidad, entre su gran número de acepciones, se entiende «*Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor*».

Si entendemos incluida dentro de esas propiedades la rapidez o agilidad, podremos decir sin lugar a dudas que la calidad de la asistencia mejorará notablemente. Esto será así ya que además del personal médico, el de enfermería igualmente podrá llevar a cabo la actividad de prescribir. Por otra parte, en el caso de los enfermos crónicos, la enfermería podrá llevar a cabo su atención, prescripción y control evitando esperas y desplazamientos al paciente, ya que generalmente la enfermera es a día de hoy quien más se desplaza a atender a este tipo de enfermos. En otro orden de cosas, si entendemos la innovación y cooperación incluidas en el concepto de calidad, igualmente podremos decir que se verá mejorada dado que los homólogos comunitarios podrán llevar a cabo su actividad y dejar plasmada en la sanidad española sus conocimientos, formación y actuación. Circunstancias que hasta hace unos meses parecía impensable en lo que respecta a la prescripción enfermera.

Pero no podemos dejar de decir, que la formación de la enfermería en cuanto a farmacología y prescripción es mucho menor que la del facultativo, tal como se ha podido comprobar con el Plan de Estudios de la Enfermería para el año 2010 de la Universidad Complutense de Madrid. Por lo que la implantación de este nuevo sistema requerirá de varios ciclos de formación y de una progresiva puesta en marcha. Lo que no significa que en un breve plazo de tiempo podamos ver completamente desarrollada la función de la enfermería como grupo prescriptor. Por todo lo anterior, podemos decir sin equivocarnos que la prescripción enfermera es un hito en la sanidad que llevará aparejada una mejora de la calidad asistencial si las instituciones designadas para ello actúan con rigor y competencia.

²² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión electrónica.

7. Bibliografía

1. Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de Septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales.
2. Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.
3. Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
4. Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
5. Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases para la organización de la Sanidad.
6. Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966.
7. Decreto 2065/1974 de 30 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
8. Ley estatal 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. BOE núm. 306 (38.288), de 22 de diciembre de 1990.
9. Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.
10. Ley 41/2002 de 14 de Noviembre de Autonomía del Paciente.
11. Ley 16/2003 de 21 de Noviembre de Ordenación de Profesiones Sanitarias.
12. Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
13. Ley 15/1990 de 9 de julio, de Sanidad de Cataluña.
14. Ley 7/2005 de 25 de abril, de Salud de Cataluña.
15. Ley 7/2002 de 10 de diciembre, de Sanidad de Cantabria.
16. Ley 11/1994 de 26 de julio de Sanidad de Canarias.
17. Ley 1/1993 de 6 de abril de Sanidad de Castilla y León.
18. Ley 8/2000 de 30 de Noviembre de Sanidad de Castilla La Mancha.
19. Ley 6/2008 de 2 de junio de Aseguramiento Sanitario de la Comunidad Valenciana.
20. Ley 4/2005 de 17 de junio de Salud Pública de la Comunidad Valenciana.
21. Ley 3/2003 de 6 de Febrero de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana.
22. Ley 1/2005 de 24 de junio de atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura.
23. Ley 8/2008 de 10 de julio de Sanidad de Galicia 2008.
24. Ley 5/2003 de 4 de abril de Salud de las Illes Balears.
25. Ley 8/1997 de 26 de junio de Sanidad del País Vasco.
26. Ley 4/1996 de 26 de julio de salud de Murcia.
27. Real Decreto 450/2005, de 22 abril, de Especialidades de Enfermería.
28. Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica. BOE núm. 259(31.339), de 29 de octubre de 1984.
29. Orden de 7 de noviembre de 1985, por la que se regulan los medicamentos que han de dispensarse con o sin receta. BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 1985.
30. Orden de 23 de mayo de 1994, sobre modelo de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 129 (16.901), de 31 de mayo de 1994.
31. Decreto 307/2009, de 21 de julio, por el que se define la actuación de las enfermeras y enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.
32. Orden de 23 de mayo de 1994, sobre modelo de receta médica para la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. Boletín Oficial del Estado, nº 129, (31 mayo 1994).
33. Real Decreto 450/2005 de 22 de abril sobre las especialidades en Enfermería. Boletín Oficial del Estado Nº 108 (6 mayo 2005).
34. Siles González J, Historia de la Enfermería (1999), Consejo de Enfermería de la Comunidad Valenciana. Declaración conjunta de los ministro europeos de educación reunidos en Bolonia el 19 de junio de 1999.
35. Ficha técnica de propuesta de título universitario de grado según RD 55/2005 de 21 de enero.
36. Programa de Enfermería de la Escuela Universitaria de Enfermería, Fisioterapia y Podología de la Universidad Complutense de Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2010.
37. López Juzman, J, Aparisi Mirales, A, La intervención de farmacéuticos y enfermeros en la prescripción: una aproximación ético-legal. DS Vol 14, Núm 2, Julio-Diciembre 2006.
38. Organización Colegial de Enfermería Consejo General. Prescripción enfermera. Análisis de situación y acciones a emprender. Septiembre 2005.
39. Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona. Competències de la professió Infermera de la Comissió d'Infermeria i les seves especialitats específiques del Consell Català d'Espesialitats en Ciències de la Salut. [sede Web]. Barcelona [acceso el 5 de octubre de 2009]. Disponible en: <http://www.coib.cat>
40. Mariano L. La autonomía de los cuidados: competencias y responsabilidades en enfermería. Enfermería científica. 2002; marzo-abril: 240-241.
41. Aronson J. K. Nurse prescribers & reporters. British Journal Clinical of Pharmacology 2004; 56: 585-587.
42. Rubio C. La capacidad de prescribir de las enfermeras. Enfermería integral. 1999; 50: 35-42.

43. Ondaviela A, López C, Sabartés T, Escur L. Papel de la enfermería en la prescripción crónica. *Atención primaria*. 1992; 4: 750-751.
44. Gardeñes E.A., Vinagret E. Abajo Polémica de una Ley que afecta a la profesión enfermera: Opiniones sobre la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. *Metas de enfermería*, ISSN 1138-7262, Vol. 11, Nº. 4, 2008, pags. 25-31.
45. Sarabia Cobo C.M., Opinión de los profesionales sobre el título de Grado, las especialidades y la prescripción enfermera.. *Metas de enfermería*, ISSN 1138-7262, Vol. 12, Nº. 4, 2009, pags. 60-64.
46. Herrera Gómez A., Martínez Galiano J.M., Ratia Ramos M., La prescripción enfermera y la ley del medicamento. *Revista ROL de enfermería*, ISSN 0210-5020, Vol. 31, Nº. 1, 2008, pags. 50-52.
47. Cuixart i Ainaud N., La prescripción enfermera: base para su argumentación. *Nursing*, ISSN 0212-5382, Vol. 24, Nº. 8, 2006, pag. 56.
48. El Ministerio de Sanidad y Consumo ha elaborado una orden respecto a la prescripción enfermera *Revista ROL de enfermería*, ISSN 0210-5020, Vol. 31, Nº. 1, 2008, pag. 55.
49. Soldevilla Agreda J.J. Prescripción enfermera en el ámbito gerontológico. *Gerokomos: Revista de la Sociedad Española de Enfermería Geriátrica y Gerontológica*, ISSN 1134-928X, Vol. 17, Nº. 4, 2006, pag. 180.
50. Ramírez Rodríguez L. Artículo de revisión sobre la prescripción enfermera. *Enfuro*, ISSN 0210-9476, Nº. 104, 2007, pags. 40-41.
51. Durán Escribano M. El ser y no ser de la prescripción enfermera... *Enfermería clínica*, ISSN 1130-8621, Vol. 16, Nº. 6, 2006, pags. 297-299.
52. No a la «prescripción enfermera». *Jano: Medicina y humanidades*, ISSN 0210-220X, Nº. 1617, 2006, pag. 16.
53. Fernández C, Novel G. *El Proceso de Atención de Enfermería. Estudio de casos*. Barcelona: Masson-Salvat Enfermería; 1993.
54. Pera Fabregas I. Reflexionar sobre la prescripció de medicaments. *Infermeria*. Barcelona. 1998; 17.
55. Editorial. Autoridad de los profesionales de enfermería para prescribir: ¿un camino a seguir? *Nursing*. 2002; 2 (20): 13.
56. *Ordre des sages-femmes. Les compétences de la sage-femme. Définition de la capacité professionnelle de la sage femme* [sede Web]. Québec [acceso el 5 de octubre de 2009]. Disponible en: <http://www.osfq.org>
57. Propuesta de regularización legal de la prescripción enfermera. Colegio oficial de Enfermería de Barcelona. Enero 2006.
58. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión electrónica (2010).

LA PRESCRIPCIÓN ENFERMERA EN ESPAÑA

- **La prescripción enfermera ya es legal en España.** La Ley 29/2006, de 26 de julio, o "*Ley del Medicamento*", se ha modificado por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, por medio de la cual se permite la prescripción enfermera.
- ¿Qué puede prescribir la Enfermería?: Medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción médica y no sujetos a la misma.
- ¿Cómo puede hacerlo? A través de la prescripción dependiente por protocolos (en determinados medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción médica) e independiente (en determinados medicamentos y productos sanitarios no sujetos a prescripción médica).
- La Directiva Europea 2005/36/CE ha unificado los criterios de la profesión y ha favorecido la implantación de la prescripción enfermera.
- ¿Mejorará la calidad de la sanidad española? Está destinado a que así sea. Dependerá del desarrollo que le den los organismos competentes.
- ¿Qué otros países la han implantado? Comunitarios: Holanda, Francia, Dinamarca, Noruega, Irlanda, Suecia y Reino Unido. Extracomunitarios: EEUU, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, entre otros.



Fundamentos para un Acuerdo Marco sobre el Transporte Interhospitalario Comunidad de Madrid

Pedro A. Huertas Alcázar

1. Introducción
2. Objetivos
3. Definiciones
 - 3.1. Traslado interhospitalario (TIH)
 - 3.2. Hospital emisor
 - 3.3. Hospital receptor
 - 3.4. Médico emisor
 - 3.5. Médico receptor
4. Tipos de TIH
5. Metodología
 - 5.1. Búsqueda y referencias de protocolos y/o normativas en las Comunidades Autónomas de España
6. Normativa
 - 6.1. La cadena de responsabilidad médica en el TIH
 - 6.2. Información al paciente. El consentimiento informado
7. Consentimiento informado
8. Bases para un acuerdo marco (18)
 - 8.1. Semántica «hablar el mismo idioma»
 - 8.2. Normativa en la Comunidad de Madrid
 - 8.3. Negociación y acuerdo (19)
 - 8.4. Confianza
9. Conclusiones
10. Bibliografía

1. Introducción

El transporte de enfermos entre hospitales constituye una necesidad de primer orden en el Sistema Sanitario.

El SUMMA 112 y Transporte Sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid es el encargado de prestar la atención urgente y emergente a los ciudadanos de esta Comunidad y a sus residentes, en el lugar donde se produce la urgencia o la emergencia. También coordina el Transporte Sanitario Programado y Urgente.

Además de esta misión, también recoge en su cartera de servicios otras prestaciones sanitarias, en colaboración con otros niveles asistenciales de la Comunidad de Madrid y de otras comunidades de España, encaminadas a la mejora continua de la atención a los pacientes.

Entre estas prestaciones está el transporte sanitario entre los diversos hospitales públicos de nuestra comunidad cuando esto es necesario.

Los países desarrollados tienen sistemas urgencias y emergencias bien organizados; además en las últimas décadas se han venido desarrollando sistemas de transporte de pacientes entre hospitales (transporte interhospitalario o transporte secundario), este último tipo de transporte no está bien estudiado en cuanto a los costes (1).

Desde la creación del servicio extrahospitalario público de urgencias y emergencias de la Comunidad de Madrid, se viene desarrollando la actividad del traslado interhospitalario (TIH), actividad que consiste en el traslado de un paciente que se encuentra en un hospital hasta otro centro hospitalario.

Este traslado puede obedecer a diversas causas, que se analizan a lo largo del presente documento.

Desde el inicio de esta actividad se han adecuando, tanto los equipos sanitarios en su composición y formación, como el material necesario para los traslados a las necesidades existentes, cumpliendo las normativas que al respecto se han promulgado tanto a nivel de nuestra comunidad como a otros niveles.

En este momento se dan diversas circunstancias que hacen necesario establecer un acuerdo marco para gestionar y adecuar los recursos existentes a las necesidades reales, con el fin último de mantener la mejora continua de la calidad asistencial a nuestros pacientes. Entre ellas están:

- El aumento progresivo de la demanda de estos traslados.
- La apertura de nuevos hospitales que requieren en muchos casos de TIH de pacientes para pruebas diagnóstica y/o tratamientos dado su nivel de resolución.
- Disminución de los tiempos de disponibilidad para la atención «in situ» de la urgencia y emergencia al utilizar los recursos del operativo ordinario para la realización del TIH.
- La falta de un protocolo de TIH unificado para toda la Red Sanitaria de nuestra Comunidad hace que aumente la variabilidad tanto en la asignación como en la petición del recurso óptimo (2).
- La no adecuación del tipo de recurso a cada traslado aumenta los costes de la asistencia. El marco normativo de referencia para la atención sanitaria, y por tanto, también para el uso racional de recursos asistenciales, es el que marca la Ley General de Sanidad (ley 14/1986, de 25 de abril) (3) y su actualización en la Ley Básica 41/2002 de 14 de noviembre (4).
- La limitación del número de recursos supone que la asignación y uso de los recursos asistenciales han de basarse en el marco de los principios de justicia y de beneficencia (5).
- La experiencia en otras Comunidades Autónomas de proyectos similares con buena aceptación y rentabilidad desde la perspectiva coste-beneficio.

Estamos hablando de 14.048 traslados efectivos interhospitalarios en 2009¹:

• Transporte neonatal	1.563	11,13%
• SVB-psiQUIÁTRICA	1.375	9,78%
• SVB	6.013	42,80%
• Helicóptero	19	0,15%
• UVI	5.023	35,75%
• VIR ² + SVB	55	0,39%

2. Objetivos

1. Sentar las bases por parte de los agentes implicados en el transporte interhospitalario para su planificación y organización (6).
2. Coordinación entre el hospital emisor y el hospital receptor, estandarizando los criterios de

¹ Cuadro de mandos SUMMA 112-2009.

² Vehículo de Intervención Rápida.

traslado así como las actuaciones médicas y administrativas, relacionadas con el mismo.

3. Definir los tipos de transporte sanitario (7) (8).
4. Establecer criterios de priorización mediante escalas de gravedad con criterios preestablecidos (9). Definiendo, además, el recurso idóneo para la realización del traslado (10).

3. Definiciones

3.1. Traslado interhospitalario (TIH)

El transporte interhospitalario, consiste en el envío de pacientes desde un centro sanitario a otro con la finalidad de aportar recursos sanitarios complementarios, tanto diagnósticos como terapéuticos, carentes en el hospital emisor (11) (6).

Es el traslado de pacientes, generalmente críticos, que se realiza entre dos centros sanitarios, por falta de recursos para la atención al paciente en el hospital emisor. El traslado se fundamenta en motivos diagnósticos y terapéuticos (1).

Habitualmente se realiza para proporcionar a los pacientes un mayor nivel de servicios, extendiendo las capacidades de atención del paciente a todos los niveles asistenciales y evitando la pérdida de oportunidad, sobre todo en aquellas patologías tiempo dependientes (12).

3.2. Hospital emisor

Es el centro hospitalario en el que se encuentra el paciente y es el peticionario del traslado.

3.3. Hospital receptor

Es el centro hospitalario que recibe al paciente y acepta el traslado, quedando bajo su atención.

3.4. Médico emisor

Es el médico responsable del paciente en el hospital emisor, siendo el peticionario del TIH y aportando la información necesaria. Será el médico encargado de realizar la transferencia del paciente a la dotación encargada del traslado.

3.5. Médico receptor

Es el médico responsable de aceptar al paciente en el hospital receptor y el encargado de recibir al paciente a la llegada a este hospital.

4. Tipos de TIH

1. Traslados en unidades de Soporte Vital Avanzado (SVA)

Es el traslado que se realiza en las Unidades Móviles de Emergencias (UME), en los Helicópteros Sanitarios (HS) o en las Unidades de transporte Neonatal.

a) Traslados en UME:

Este tipo de traslados requiere una vigilancia continua por parte del equipo responsable del traslado.

Estos traslados pueden ser:

• No programados:

- Son traslados que surgen de la necesidad de remitir a otro centro hospitalario de forma no esperada y que suelen obedecer a distintas circunstancias.
- Nivel asistencial hospitalario menor del requerido para la patología actual.
- Complicaciones no esperadas y medios insuficientes para atender al paciente.
- Saturación de camas en áreas determinadas con cuidados especiales.

• Programados:

- Pacientes que estando en el servicio adecuado necesitan ser trasladados a otro hospital de forma provisional, generalmente para la realización de algún tipo de prueba diagnóstica. Este tipo suelen requerir un segundo traslado al hospital emisor.

b) Traslados de neonatos:

Son traslados en incubadora con una UME y acompañados de un especialista en Neonatología.

Tienen un protocolo específico.

c) Traslados en HS (13):

Entran dentro de los traslados en SVA, con características específicas. En general su regulación es igual a la del SVA en UME.

2. Traslados Urgentes en unidades de Soporte Vital Básico (SVB):

Son traslados que no requieren vigilancia por parte del equipo sanitario durante el desplazamiento. Son realizados en ambulancias básicas con Técnicos de Transporte Sanitario.

Generalmente obedecen a:

- Pruebas diagnósticas en pacientes hospitalizados en planta.

Y suelen ser pacientes con:

- Patologías menos graves.
- Sin necesidad de monitorización ni vigilancia continua.
- Pocas probabilidades de presentar complicaciones durante el traslado.
- Con tratamiento oral, sin sueroterapias.

3. Traslados urgentes en unidades medicalizables con acompañamiento por personal de enfermería

La ambulancia sanitizada tendrá como cometido el traslado de pacientes entre dos hospitales, asistidos por profesionales sanitarios (enfermeros), y cuya situación clínica sea estable pero se prevea que pueda cambiar durante el traslado.(14)

Estará compuesta por un Enfermero con cualificación, formación y capacitación según la orden 559/1997 de la Comunidad de Madrid, dependiente del servicio de emergencias sanitarias SUMMA 112, así como dos Técnicos con formación y conocimientos en técnicas de soporte vital básico que sirva de apoyo en la asistencia al paciente en base a la Orden 560/1997.

El vehículo asimismo cumplirá todas las especificaciones de una ambulancia medicalizada y bajo la normativa vigente en la Comunidad, disponiendo de aparataje electromédico tales como monitor – desfibrilador portátil, respirador y resto de material.(7).

El personal de Enfermería de los Servicios de Emergencias proporcionarán cuidados enfermeros a personas con problemas de salud en situación crítica, de alto riesgo o en fase terminal, a nivel individual o colectivo, dentro del ámbito sanitario, prehospitalario o domiciliario, agilizando la toma de decisiones mediante una metodología fundamentada en los avances producidos en el campo de los cuidados de la

salud, la ética y la evidencia científica lograda a través de una actividad investigadora directamente relacionada con la práctica asistencial.(15)

5. Metodología

5.1. Búsqueda y referencias de protocolos y/o normativas en las Comunidades Autónomas de España

1. Servicio riojano de salud (16)

El aumento del número de traslados puede acarrear un incremento de traslados cuyas indicaciones no sean suficientemente adecuadas. Un objetivo de eficiencia sería adecuar la demanda de recursos en los traslados inter hospitalario.

Estudios ingleses recomiendan que sea personal especializado en el transporte sanitario el que realice el TIH.

Para la asignación de los recursos a utilizar en los traslados secundarios de pacientes críticos se implanta el documento «escala de valoración para el traslado secundario».

Una escala muy utilizada es la desarrollada por Moreno, Etxebarria y cols. Esta escala ha sido validada por los autores y en otros estudios (9).

El objetivo principal del uso de una escala de riesgos para el TIH de pacientes es homogeneizar criterios de todos los facultativos implicados.

2. Servicio vasco de salud. Osakidetza³

Tiene un protocolo de traslado interhospitalario con ambulancia sanitizada del paciente estable, con enfermería cualificada, y cita como motivos más frecuentes para la realización de dichos traslados:

- la falta de camas en el hospital emisor
- realización de pruebas complementarias

El Centro Coordinador se ayuda de una escala de evaluación para determinar el medio de transporte más adecuado.

Define y desarrolla situaciones clínicas:

- traslado interhospitalario para coronariografías
- ACVA

³ Osakidetza, Servicio Vasco de Salud, junio de 2006.

- HDA
- Realización de pruebas con isótopos

Define los traslados interhospitalarios de planta a planta.

3. Gerencia 061 de Baleares³

Define el transporte interhospitalario como la necesidad de trasladar a los paciente de un lugar a otro para recibir la atención médica necesaria que, por los motivos que fuere, no pueda ser administrada en su hospital de origen,

Clasifica los traslados en:

El nivel de urgencia:

- Emergente.** Cuando el traslado del paciente al centro receptor es impostergable y de su inmediatez depende la vida del paciente. Su retraso puede causar secuela o minusvalía.
- Urgente priorizable.** Cuando puede postergarse unas horas, sin que ello comprometa la vida del paciente.
- Programado.** Cuando el receptor espera al paciente a determinada hora y fecha; en ocasiones estos pacientes pueden esperar varios días.
- «Aprovechando vuelo»** son pacientes sin ningún criterio de urgencia médica, no le esperan a determinada fecha, suelen ser regresos a hospital de origen o altas, que efectuarán el viaje de regreso aprovechando el transporte sanitario aéreo (habitualmente «de vacío»), generado por otro paciente que requiere traslado.

Tiene como objetivos:

1. Trasladar a los pacientes en el menor tiempo posible, con el menor número de efectos secundarios posibles.
2. Que las condiciones clínicas del paciente a la llegada al centro receptor sean las mejores posibles.
3. Ser más eficientes en la utilización de los recursos asistenciales de la CAIB. Aumentar la flexibilidad y el margen de gestión a la hora de asignar recursos para el traslado secundario.
4. Proponer un marco de trabajo que permita mejorar la seguridad y la calidad de la asistencia.

5. Agilizar la tramitación de los transportes secundarios, interfiriendo lo menos posible con el trabajo de los equipos asistenciales de los centros implicados.

En todos los traslados secundarios deberá existir un facultativo responsable en el centro de origen y deberá existir una aceptación del paciente por un facultativo responsable en el centro de destino. Si no se cumple cualquiera de estos requisitos no se podrá llevar a cabo el traslado.

Por todo ello, se precisa que la información que el Hospital Emisor suministre sobre el paciente sea: suficiente, organizada y actualizada. La solicitud de traslado secundario por parte del Hospital Emisor, se realizará previa conformidad del jefe de la guardia (por tanto lo coordina el médico regulador) y deberá ir acompañada del Informe Médico; que además es remitido por FAX al Centro Coordinador y al médico receptor.

Contemplan modelo de consentimiento informado, que deberá ser solicitado al paciente por el médico emisor.

Tipifica los tipos de recursos en:

- Unidad de Soporte Vital Avanzado.
- Ambulancia sanitizada.
- Unidad de Soporte Vital Básico.
- Transporte no asistido.
- Recursos Aéreos.

No utilizan escalas de valoración.

4. Castilla-La Mancha⁵

El transporte sanitario es realizado por los hospitales; ellos deciden cómo y cuando se traslada un paciente, e incluso en ocasiones dónde (11). La Gerencia de Urgencias y Emergencias y Transporte Sanitario del SESCAM, lo que hace es gestionar y contratar los recursos móviles.

5. Servicio Murciano de Salud. Gerencia de Emergencias 061

Ocurre igual que en Castilla-La Mancha.

Sólo hacen transporte de Neonatos Críticos⁶.

⁴ Servei d'Atenció Medica Urgent, Govern de les Illes Balears.

⁵ SESCAM.

⁶ Línea de actuación III.5.1. contrato de Gestión 2006.

6. Servicio Andaluz de Salud (17)

El transporte de enfermos entre hospitales constituye una necesidad de primer orden en el Sistema Sanitario, que conlleva unos costes humanos y material de considerable magnitud. Su principal objetivo reside en proporcionar a los enfermos que acuden a cada centro hospitalario, aquellos medios diagnósticos y de tratamiento más adecuados a su problema médico, independientemente de que éstos estén o no, disponibles en dicho hospital. El gran esfuerzo que supone la debida atención al enfermo y la necesidad de coordinación entre el centro emisor y el receptor, exigen una homogeneización de los criterios de traslado, de las maniobras diagnósticas y terapéuticas previas necesarias y de la elección del medio de transporte. La finalidad de este protocolo es definir las necesidades de transporte secundario de la red hospitalaria de nuestra Comunidad Autónoma y estandarizar los criterios de traslado, así como todas las actuaciones médicas y administrativas relacionadas con los mismos.

Clasifican el tipo de transporte:

- a) Según la gravedad del paciente
- b) Según la urgencia vital
- c) Según el medio de transporte
- d) Según el equipamiento y la medicalización del transporte
- e) Según el objeto del transporte

Establecen una responsabilidad de la indicación del traslado

La decisión concreta de traslado la debe tomar el médico responsable de la asistencia al enfermo. Dependiendo del servicio al cual esté adscrito el enfermo, el responsable podrá ser un médico especialista, o un médico de urgencias, que podrá estar auxiliado por el primero, en casos concretos de difícil estimación. La responsabilidad de la indicación incluye:

- Evaluación inicial del enfermo.
- Estabilización en el área más apropiada (área de reanimación, observación, UCI o planta).
- Consentimiento informado del enfermo o familiares.
- Contacto previo o simultáneo con el centro receptor.
- Elección del medio de transporte.
- Activación del transporte.

- Informe clínico y de propuesta de traslado.
- Información al personal sanitario encargado del transporte.

Resolución de conflictos

En caso de dudas o conflictos sobre la indicación del traslado o el medio de transporte a utilizar, ésta será resuelta en orden jerárquico por el Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias, siempre teniendo en cuenta los protocolos específicos para cada patología.

Los traslados se ajustarán a las normas del Protocolo consensuado y aprobado en el centro, donde deberá existir, protocolizada, una cascada de alerta para la puesta en marcha de los traslados. La elección del medio de traslado será realizada inicialmente por el médico responsable de la asistencia del enfermo, respetando los protocolos específicos.

Motivos generales de traslado

- Por carencia de recursos.
- Para tratamiento y/o diagnóstico.
- Por razones sociofamiliares.

Tipos de transporte:

- Ambulancia no asistencial.
- Ambulancia medicalizable.
- Ambulancia asistencial medicalizada.

7. Principado de Asturias

Definen el Transporte Interhospitalario con criterios similares a los de Andalucía.

Sí aplican una escala de clasificación de pacientes.

No se aceptan peticiones de transporte interhospitalario en las que no haya un facultativo responsable en el centro emisor ni aceptación del paciente en el centro receptor.

Contemplan la necesidad de un consentimiento informado.

8. Cantabria

Definición: transporte secundario se refiere al traslado interhospitalario de pacientes, los cuales por la

gravidad de su situación o por el nivel de asistencia requerido precisan, a criterio del médico responsable, su traslado en unidades medicalizadas. También en nuestro caso se refiere al traslado de pacientes para la realización de pruebas diagnósticas de las que carece el hospital emisor.

El traslado puede ser intra o extraprovincial, y a su vez, urgente y programado.

En su guía de actuación, sienta las bases para la planificación y organización de estos traslados, lo que redundaría en un claro beneficio para el paciente, intentando subsanar, con la colaboración de todos los implicados, las complicaciones que de este tipo de asistencia se derivan.

Contempla consentimiento informado.

9. Urgencias 061. Galicia

En Galicia el transporte interhospitalario lo hacen los propios hospitales.

En estos momentos se está trabajando en un proyecto para que la gestión del transporte interhospitalario sea realizada desde URGENCIAS 061, que cuenta con el apoyo de la Consejería de Sanidad de la Xunta.

10. Valencia

No existe ningún protocolo de Transporte Interhospitalario. Actualmente se gestiona entre el hospital emisor, el hospital receptor y el CICU (centro integral coordinador de urgencias). Gestionan la cama entre los hospitales y luego el hospital emisor solicita un SAMU (Servicio de Atención Médica Urgente) o SVB al CICU (Centro Integral de Coordinación de Urgencias) mediante una hoja de petición de transporte, que rellena el médico que solicita el traslado y la pasa por fax al CICU, donde consta la filiación, el motivo del traslado, la prioridad, el diagnóstico, las constantes, el tratamiento, vías, O₂, ...

11. Extremadura

No tiene un protocolo establecido. Cada Gerencia lo organiza de forma independiente. Los encargados de gestionar los traslados interhospitalarios son los médicos de la urgencia hospitalaria y, a veces, participan los especialistas y los médicos de las UVI móviles.

12. Aragón

Están elaborando una normativa consensuada con los hospitales, hasta ahora se hace cargo el 061 del traslado urgente y de pacientes críticos. No disponen de una información de camas de críticos informatizada y fiable.

13. Cataluña

El transporte lo coordina el SEM (Servicio de Emergencias Médicas).

No hay protocolo establecido: el hospital emisor solicita el traslado y el SEM facilita el transporte.

No queda claro si el Centro Coordinador gestiona también la cama del hospital receptor.

14. Castilla y León

Emergencias Sanitarias de Castilla y León no realiza este tipo de servicios salvo de forma excepcional, por lo que no disponen de ningún procedimiento.

15. Navarra

El 061 no tiene entidad jurídica, y por tanto son los hospitales los que gestionan los traslados, facilitando el transporte el 061

16. Canarias

El hospital emisor solicita al 112 el traslado, se pone en contacto con el médico regulador o el enfermero regulador, pasando la información del paciente y el hospital receptor. El centro coordinador verifica los datos y procede al traslado con ambulancia medicalizada o no; la mayoría de los traslados son de urgencia a urgencia de hospital.

6. Normativa

- **Medico responsable.** El profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales (art. 3, Ley Básica Regu-

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

- **Consentimiento informado.** La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (art. 3, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002, de 14 de noviembre).
- **Titular del derecho a la información asistencia.** El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las persona vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5.1, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

6.1. La cadena de responsabilidad médica en el TIH

En todo Traslado Interhospitalario, la Responsabilidad (Legal y Moral) de la asistencia y cuidados, tanto médicos como de enfermería, del paciente, pasa desde el equipo del Hospital emisor, al personal del Recurso Asistencial para el Traslado (ambulancia, UME móvil, helicóptero sanitario,...); y de éste al del Hospital receptor. Dadas las circunstancias que rodean la asistencia de cualquier enfermo crítico, y el número de personas diversas que intervienen, es especialmente importante que la cadena de Responsabilidad, durante las distintas fases del traslado, no presente eslabones débiles o rotos. Una buena coordinación y comunicación (verbal y escrita) entre los intervinientes en este proceso, asegura un mejor manejo del paciente crítico, y evitan litigios posteriores.

6.2. Información al paciente. El consentimiento informado

Todo paciente hospitalizado que requiera traslado a otro Centro Hospitalario, debe ser informado de

ello, para que pueda dar su consentimiento de forma libre y voluntaria. Es el titular del derecho a la información, y, siendo persona capaz, sólo se informará a otras personas que él autorice de forma expresa.

La información al paciente (4)

- Será suministrada, en primer lugar por el médico responsable de su asistencia en el hospital emisor, justificando el motivo del traslado a otro centro. En segundo lugar, por el médico del recurso asistencial responsable de su asistencia durante el traslado, que además explicará al paciente las características del traslado.
- Será verbal, de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, de forma que le permita dar su consentimiento o denegarlo, garantizando su derecho a la información; la aceptación debe dejarse reflejada en la historia clínica. Además en los casos en los que sea posible solicitará el consentimiento informado de forma escrita mediante este modelo.
- Los límites de esta información vienen definidos por la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente (menores incapaces, incapacidad física/psíquica, estado de necesidad terapéutica, rechazo de la información...).

7. Consentimiento informado⁷

Ver página siguiente.

8. Bases para un acuerdo marco (18)

Las premisas de este acuerdo serian:

1. Semántica.
2. Normativa.
3. Negociación y acuerdo.
4. Confianza.

8.1. Semántica: «hablar todos el mismo idioma»

La gestión del tiempo en la atención a la urgencia y emergencia extrahospitalaria es diferente si habla-

⁷ Modelo tomado del Servicio Riojano de Salud, Gerencia de Atención Primaria 061 del Servicio Cántabro de Salud y SAMU Asturias, entre otros.

TRASLADO INTERHOSPITALARIO DE PACIENTE CRITICO**Paciente:**

(Datos de filiación: Nombre y apellidos, edad,...).

Motivo del Traslado:

(De índole clínico-asistencial).

Emisión:

(Nombre del Hospital Emisor, Médico que solicita el Traslado, Servicio al que pertenece).

Recepción:

(Nombre del Hospital Receptor, Médico que acepta el Traslado, Servicio al que pertenece).

El traslado se realiza en una ambulancia medicalizada. El paciente viajará acompañado por personal médico, enfermería, y dos técnicos de emergencias. Dicho personal cuenta con la preparación y material necesarios para garantizarle la aplicación de los medios que permita un traslado en las mejores condiciones posibles. Antes de pasar el paciente a la ambulancia, se aplicarán dentro del Hospital todas aquellas medidas necesarias para iniciar el traslado en las mejores condiciones posibles para el paciente. Durante el traslado pueden surgir circunstancias, que aconsejen detener la ambulancia momentáneamente (Por ejemplo, medir la tensión arterial, resolver complicaciones, etc.). Aunque la conducción de la ambulancia se hace según el estado del paciente, existen unos riesgos debidos al propio transporte (vibraciones, nivel de ruido, fuerzas de aceleración-desaceleración y centrífugas, posibles accidentes o averías, etc.), los cuales podrían determinar modificaciones en el estado del paciente. Como norma general, no pueden ir acompañantes del paciente en la ambulancia. Sólo podrán hacerlo en caso de que el paciente sea un menor, o en aquellas circunstancias especiales que el médico responsable del traslado determine.

He comprendido lo que se me ha explicado. DOY MI CONSENTIMIENTO, y autorizo al equipo correspondiente para llevar a cabo el traslado y efectuar los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se consideren indicados.

Sé también que puedo retractarme de la firma de este consentimiento previo al traslado, haciendo mención expresa de ello y firmando al lado de la firma de consentimiento.

En de de Hora.....

Paciente, Familiar o Tutor:

Médico Responsable del Traslado

Firmado.....

Firmado.....

DNI.....

Colegiado.....

Nº

Antes de firmar este documento, solicite cualquier aclaración adicional que desee.

mos de transporte primario o de transporte secundario. Es de sentido común que el tiempo de respuesta en la atención «in situ» va a influir en el paciente, la atención en el menor tiempo posible reducirá la mortalidad.

En el transporte interhospitalario, el paciente, va a necesitar de intervenciones médicas antes del traslado (estabilización del paciente) y cuidados del paciente durante el traslado, por tanto la gestión del tiempo va a ser diferente.

- a) Nivel asistencial del hospital emisor: capacidad de los Servicios.
- b) Nivel de ocupación del hospital emisor: capacidad del hospital.
- c) Por clasificación clínica/patología: capacidad de diagnóstico y tratamiento.
- d) Principio de justicia y equidad.
- e) Principio de «pérdida de oportunidad».

El transporte interhospitalario, consume recursos y tiene un coste, por tanto, la indicación del transporte debe incluir siempre el potencial beneficio para el paciente. La utilización de la inter consulta, con medios avanzados como la telemedicina y la tele radiología podrían ayudar identificar a aquellos pacientes que realmente se beneficiarían de un traslado interhospitalario.

Los motivos por los que se solicitan traslados en la actualidad son principalmente:

- i) Pruebas diagnósticas.
- ii) Diagnóstico y tratamiento.
- iii) Nivel de cuidados.

Antes de proceder al traslado, debe haber una buena coordinación y comunicación entre los agentes, tenemos que tener la información de aquellos aspectos mas relevantes de la historia clínica, la efectividad de las maniobras de estabilización que se han practicado en el pacientes como preparación para el traslado a otro hospital, por tanto estamos hablando de una pre planificación del traslado. Con estos datos la coordinadora de camas podrá planificar tiempos de respuesta razonables para que el transporte sea seguro y viable para el paciente.

El transporte interhospitalario innecesario significa un alto riesgo para el paciente (sobre todo en los críticos). Se deberían evitar traslados por motivos administrativos.

- a) Programado: coordinado por la mesa de transporte del SCU.

- b) Patologías tiempo dependientes deberán ser considerados primarios dependiendo de la ventana terapéutica.
- c) Complicaciones no esperadas y medios insuficientes para atender al paciente..

El transporte interhospitalario será realizado y coordinado por el SUMMA 112 se coordinaran los recursos materiales y humanos.

1. Tramitación de la cama por parte del médico emisor.

- El médico emisor se pone en contacto con el hospital receptor, que suele ser el de referencia, para saber la disponibilidad de camas y confirmar la aceptación del TIH. En esta comunicación informa al médico receptor de los datos clínicos del paciente.
- El médico emisor se pone en contacto con el SUMMA 112 solicitando el medio de traslado correspondiente e informando de los datos clínicos del paciente así como de otros datos de tipo administrativos.
- La mesa de coordinación de transporte sanitario abrirá la ficha correspondiente, anotando en ella todos los datos necesarios.
- Para evitar la variabilidad de la recogida de la información y saber en todo momento la situación del paciente serán de obligada cumplimentación los siguientes datos:
 - La filiación del paciente.
 - Hospital, cama y servicio donde se encuentra el paciente.
 - El nombre del médico que solicita el traslado, siendo este el que solicite el traslado y no un administrativo.
 - Antecedentes de interés del paciente, patología actual y la situación en el momento de la petición del TIH, lo más exhaustivamente posible.
 - Tratamiento actual y necesidad de aparatos para el TIH.
 - Confirmación de la información del traslado al paciente y el consentimiento correspondiente.
 - Motivo del TIH (falta de cama en UVI o es por necesidad de una prueba diagnóstica...).
 - Resultado de la «Escala de riesgos para el traslado de pacientes».
 - Los datos del hospital receptor, la unidad, la cama y el nombre del médico receptor.
 - La mesa de coordinación de transporte sanitario comprobará que el paciente está aceptado en dicho hospital contactando con el médico receptor antes de generar el recurso del traslado.

- Una vez confirmado todo lo anterior, pasará el aviso de TIH para validación por médico regulador, el que tendrá que valorar los datos del estado del paciente y si existiera alguna duda sobre el tipo de traslado necesario, recabará nuevos datos del médico emisor. El médico regulador validará el recurso a tenor de todos los datos anteriores y decidirá el medio de transporte más adecuado.
- Cuando el recurso inicie el traslado desde el hospital emisor, la mesa de coordinación de TIH llamará al hospital emisor para confirmar el traslado.

2. Tramitación de la cama por parte de la mesa de Coordinación de TIH:

- La diferencia con el procedimiento anterior es que el médico emisor llama directamente a la mesa de Coordinación de TIH para que se busque la cama correspondiente. Una vez encontrada se seguirán los mismos pasos de lo anterior.
- Es necesario que el Centro Coordinador disponga de una aplicación informática con la información a tiempo real de la disponibilidad de camas en la Red Hospitalaria de la Comunidad de Madrid.

Si el traslado se realiza en SVA, a la llegada al hospital emisor el médico responsable del recurso valorará el estado del paciente y la concordancia con los datos recibidos, pudiendo, en caso de discordancia requerir otro tipo de transporte, haciéndose responsable de los cambios y reseñándolo en el informe correspondiente.

Se entregará al personal encargado del TIH toda la documentación de que se disponga del paciente.

Para poder garantizar que los datos aportados por el hospital emisor son los correctos sería conveniente que el hospital emisor enviara mediante fax o correo electrónico el informe clínico actualizado del paciente, tanto del estado actual del paciente como de su tratamiento actual a la mesa coordinadora y así de este modo se podrán registrar datos que por comunicación telefónica hace imposible todo su registro.

Del mismo modo se transmitirán al hospital receptor los posibles cambios durante el traslado.

8.2. Normativa en la Comunidad de Madrid

Con el fin de asegurar una correcta calidad asistencial en el Transporte Sanitario Interhospitalario

dentro de la Comunidad Autónoma de Madrid, tanto los recursos humanos (médicos, enfermería y técnicos de emergencia), como materiales (ambulancias medicalizadas) están regulados mediante las siguientes normas legales:

- DECRETO 128/1996, de 29 de agosto, por el que se regulan las características técnico-sanitarias de los vehículos-ambulancia residenciados en la Comunidad de Madrid para el transporte sanitario terrestre.
- ORDEN 1102/2003, de 12 de noviembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifican las Órdenes 560/1997 y 559/1997, ambas de 17 de marzo, que establecen los criterios que permiten garantizar los niveles mínimos de formación del personal dedicado al transporte sanitario en ambulancia y se abre con carácter indefinido el plazo de solicitud para la obtención de la homologación de la formación de dicho personal.
- ACUERDO de 2 de octubre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se crea el puesto de Técnico de Urgencias y Emergencias en el ámbito del SUMMA 112 (Servicio de Urgencias Médicas de Madrid) dependiente del Instituto Madrileño de la Salud de la Comunidad de Madrid y se adecuan las retribuciones del personal estatutario de dicho servicio de urgencias.

8.3. Negociación y acuerdo (19)

Definir unas «reglas del juego» con las que monitorizar y asegurar el correcto funcionamiento del transporte interhospitalario del Servicio Madrileño de Salud, para el transporte interhospitalario de nuestra Comunidad.

Requiere un acuerdo entre diferentes agentes:

- Hospital emisor.
- Hospital receptor.
- SUMMA 112.

Este acuerdo debe asegurar una solución para el paciente, teniendo en cuenta las capacidades de los centros hospitalarios y de su ocupación en cada caso.

Se establecerá una mesa negociadora entre la Dirección General de Hospitales y la Dirección General del SUMMA 112, bajo la tutela o coordinación de la Viceconsejería de Atención Sanitaria.

Este acuerdo debe:

- **Facilitar la coordinación entre agentes.**

Motivos generales de traslado

- Por carencia de recursos
- Para tratamiento y/o diagnóstico
- Por razones sociofamiliares

• **Establecer un diagrama de decisión-coordinación:**

SCU-emisor-receptor

- Escalas de valoración de pacientes para la asignación del tipo de recurso (20).
- Ventana terapéutica en aquellos casos de patologías tiempo dependientes.

Tipos de transporte(7):

Decreto 128/1996

Artículo 5.

Los servicios de transporte sanitario podrán prestarse con los siguientes tipos de ambulancia:

1. Ambulancias de traslado: Son vehículos, identificados como ambulancias, diseñados y equipados para el transporte de enfermos que lo precisen por causas médicamente justificadas pero cuyo estado no haga prever la necesidad de asistencia sanitaria en ruta. Estos vehículos podrán ser:
 - a) Ambulancias de traslado individual de enfermos.
 - b) Ambulancias de traslado colectivo de enfermos no aquejados de enfermedades transmisibles.
2. Ambulancias asistenciales: Son vehículos destinados al transporte de enfermos que puedan precisar asistencia sanitaria en ruta. Estos vehículos podrán también cumplir funciones de ambulancias de traslado. Dependiendo de los equipamientos materiales y de dotación de personal sanitario las ambulancias asistenciales se clasifican en:
 - a) Ambulancias de asistencia urgente: Son vehículos, identificados como ambulancias, diseñados y equipados para el transporte tratamiento y monitorización básicos de enfermos.
 - b) Ambulancias de asistencia intensiva tipo «UVI Móvil» (Unidad de Vigilancia Intensiva Móvil): Son vehículos, identificados como ambulancias UVI Móvil, diseñados y equipados para el transporte, tratamiento médico y monitorización avanzada de enfermos.

3. Las ambulancias de asistencia urgente en la prestación de sus servicios, podrán actuar como ambulancias tipo «UVI Móvil» siempre que estén dotadas de los medios humanos y materiales establecidos en el punto III B del Anexo del presente Decreto.

- Ambulancia asistencial SVB.
- Ambulancia medicalizable SVB + Enfermería (sanitarizada).
- Ambulancia asistencial medicalizada UVI móvil.

Tenemos que añadir aquí una situación que se viene dando en la Comunidad de Madrid: el transporte secundario por «motivos administrativos». Este tipo de transporte es el que se realiza desde la puerta de urgencias de un hospital, a la puerta de urgencias del hospital al que, por zona, le pertenece al paciente.

¿Que va a ocurrir con la entrada en vigor de la Ley 6/2009(21)?

Artículo 1. Objeto.

El objeto de la presente ley es regular el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra y enfermero en atención primaria y de médico y hospital en atención especializada, con excepción de la atención domiciliaria y las urgencias.

Si nos atenemos a este artículo 1, el paciente que acuda un servicio de urgencias hospitalario, una vez estabilizado, podría ser remitido a su hospital de zona mediante transporte interhospitalario asistido urgente.

Artículo 3. Ejercicio de la libertad de elección.

5. *La elección de médico en atención especializada supondrá que todos los actos relacionados con un mismo proceso clínico serán atendidos en el mismo hospital, sin perjuicio de la asistencia en centros hospitalarios de referencia. Asimismo, no será posible la elección simultánea de varios especialistas para el mismo proceso clínico.*

Considerando que la atención de urgencia a un paciente, se debe considerar como un **único** proceso, que empieza en el nivel extrahospitalario y continúa en el nivel hospitalario, este paciente deberá ser atendido en su totalidad en el hospital al que haya acudido, hasta su alta médica. No necesitara traslado interhospitalario, a no ser que necesite dicho traslado a un «centro útil», debido a que su patología no pueda ser tratada en el hospital en el que se encuentre.

Principio de justicia y equidad versus principio de «pérdida de oportunidad»

Nos referiremos en este punto a las patologías «tiempo» dependientes que han de ser trasladadas a un centro «útil».

Lo ideal es que todas estas patologías sean trasladadas desde el lugar del suceso al centro «útil», por el transporte primario:

- Unidades de Ictus.
- Servicios de Hemodinámica.
- Unidades de Politraumatizados.
- Servicios de Neurocirugía.

La realidad nos indica que esto no es así, y por tanto el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) debe de garantizar que a los pacientes con alguna de estas patologías (y otras que se pudieran agregar posteriormente) que tienen una «ventana» terapéutica tasada en minutos u horas tengan a su disposición las unidades referenciadas, no solo en «horario de oficina», de 8 a 15 h., sino que debe potenciar los servicios al menos 12 horas y estableciendo algún centro de alta resolución con Servicios de referencia de 24 horas.

Con esto garantizaríamos una distribución de los traslados secundarios en una franja de 12 horas, y no como sucede ahora que están todos citados para «primera hora de la mañana», procediéndose por las tardes a su vuelta al hospital emisor, con la acumulación de recursos que esto conlleva.

El SERMAS debería incentivar a aquellos Servicios que amplíen este horario a 12 horas, con la modernización de los recursos del Servicio y con la formación del personal adscrito al recurso, también podría repercutir en la adjudicación de mayor presupuesto al hospital que amplíe los horarios o se constituya como Centro de Referencia.

En aquellos pacientes cuya «ventana» terapéutica sea muy corta, el traslado al hospital o servicio «útil» se realizara con los servicios ordinarios del dispositivo del SUMMA 112 con la tipificación de «Emergencia» y con un tiempo de respuesta óptimo para la llegada al hospital receptor.

El medio de **transporte idóneo** será aquel que se ajuste a las necesidades del paciente basándose:

1. Escalas de valoración

Ver página siguiente.

2. Estado del paciente (16)

2.a. Indicaciones de traslado por clasificación clínica

- **Alteración del nivel de conciencia:**
 - Escala de Glasgow < 14 puntos.
 - Agitación psicomotriz o necesidad de sedación intensa.
 - Crisis epilépticas repetidas (dos o más).
- **Deterioro neurológico inminente o progresivo:**
 - Progresión de déficit previamente instaurado.
 - Efecto masa, hidrocefalia aguda, hipertensión endocraneal, compresión medular.
- **Insuficiencia respiratoria grave:**
 - Necesidad de $\text{FiO}_2 > 0,5$ para mantener saturación $\text{O}_2 > 90\%$.
 - Necesidad de vía aérea artificial.
 - Ventilación mecánica invasiva o no invasiva.
- **Insuficiencia cardiaca:**
 - Fallo ventricular izquierdo Grado III-IV de la NYHA.
- **Inestabilidad hemodinámica:**
 - Perfusión continua de catecolaminas o fluidos para mantener perfusión periférica.
 - Perfusión continua de hipotensores.
 - Lesiones susceptibles de generar inestabilidad, como son lesiones sangrantes, lesión de víscera maciza (hígado, bazo) o lesiones de vasos no compresibles, secundarios o no a politraumatizados.
- **Arritmias potencialmente letales:**
 - Bloqueo AV (aurículo ventricular) avanzado.
 - TV (taquicardia ventricular) sostenida.
 - TSV (taquicardia supraventricular) con afectación hemodinámica.
 - Marcapasos transitorio.
- **Riesgo de muerte súbita:**
 - Cardiopatía isquémica aguda.
 - Trombo embolismo pulmonar (TEP).
 - Valvulopatías críticas.
 - Disección aórtica aguda.

2.b. Indicaciones de traslado por clasificación de patologías

- **Cardiológica:**
 - IAM (infarto agudo de miocardio). Angina inestable con actividad en las 48 horas previas.

ESCALA DE VALORACIÓN PARA EL TRANSPORTE SECUNDARIO

Paciente: _____

Médico: _____

Servicio: _____

Fecha: _____

Hemodinámica	Estable	0
	Inestabilidad moderada (precisa fluidos < 15 ml/min)	1
	Inestable (precisa fluidos > 15 ml/min, inotrópicos o sangre)	2
Aritmias	NO	0
	Infarto después de las 48 h. o aritmias no graves	1
	Aritmias ventriculares graves o infarto en las primeras 48 h.	2
Monitorización ECG	NO	0
	Deseable	1
	Imprecindible	2
Via venosa	NO	0
	Periférica	1
	Catéter en arteria pulmonar	2
Marcapasos transitorio	NO	0
	Transcutáneo (o infarto en las primeras 48 h. de evolución)	1
	Endocavitario	2
Respiración	Frecuencia respiratoria 10 a 24	0
	Frecuencia respiratoria 25 a 36	1
	Frecuencia respiratoria < 10 o mayor de 36 respiraciones por minuto	2
Via Aérea artificial	NO	0
	Cánula de Guedel	1
	Intubación o traqueostomía	2
Soporte Respiratorio	NO	0
	Oxigenoterapia	1
	Ventilación mecánica	2
Neurológica	Escala de Glasgow = 15	0
	Escala de Glasgow 8 a 14	1
	Escala de Glasgow < 8 o < 10 con focalidad neurológica postraumática	2
Prematuridad	Peso del RN > 2.000 gr	0
	Peso del RN entre 1.200 y 2.000 gr	1
	Peso del Rn < 1.200 gr	2
Soporte Tecno Farmacológico	NINGUNO	0
	Inotrópicos, vasodilatadores, antiarrítmicos, bicarbonato, sedantes o analgésicos, anticonvulsivos, esteroides, Manitol al 20 %, trombolíticos, naloxona, drenaje torácico o aspiración	1
	Inotrópicos + vasodilatadores, pantalon MAST, contrapulsador, incubadora, anestésicos generales, relajantes uterinos	2
PUNTUACIÓN TOTAL		

PUNTUACIÓN	Vehículo recomendado	Personal
< 3	Ambulancia	-
3 - 6	Ambulancia	ATS/DUE
> 6	Ambulancia Soporte Vital Avanzado	Médico y ATS/DUE

Indicación o criterio médico que justifique el traslado en ambulancia de SVA:

.....

- Insuficiencia cardíaca Grados III-IV de la NYHA.
 - Necesidad de ventilación mecánica.
 - Necesidad de drogas vasoactivas (catecolaminas).
 - Arritmias potencialmente letales.
 - Necesidad de marcapasos transitorio.
- **Cirugía cardiovascular:**
 - Aneurisma aórtico: Aneurisma aórtico roto o disección aórtica aguda con afectación de aorta ascendente hasta troncos supra aórticos.
 - Valvulopatía crítica (estenosis aórtica, insuficiencia aórtica, estenosis mitral, insuficiencia mitral).
 - Pericarditis constrictiva crítica.
 - Taponamiento cardíaco recidivante.
 - Complicaciones mecánicas del IAM.
 - Coartación aórtica.
 - Endocarditis valvular con indicación quirúrgica.
 - Candidato a trasplante cardíaco.
 - Traumatismos graves de corazón y grandes vasos torácicos.
- **Cirugía máxilofacial:**
 - Heridas faciales graves.
 - Heridas con gran pérdida de sustancia, afectación de campos musculares o paquete vasculo nervioso, sangrado no controlable, o riesgo de secuelas estéticas importantes.
 - Fracturas de macizo facial.
 - Tumores en cavidad oral de nuevo diagnóstico o recidivas.
 - Infecciones graves de territorio máxilofacial que necesiten tratamiento quirúrgico.
- **Cirugía torácica:**
 - Fracturas costales múltiples que precise O_2 a alto flujo ($PO_2/FiO_2 < 200$) y pueda requerir ventilación mecánica.
 - Neumotórax traumático cerrado/abierto sin patología craneal.
 - Hemotórax traumático cerrado/abierto sin patología craneal.
 - Cualquiera de los anteriores con contusión pulmonar.
 - Herida penetrante en tórax con o sin cuerpos extraños.
 - Cualquiera de los anteriores con Volet costal.
 - Cualquiera de los anteriores con patología craneal asociada.
 - Hemo-neumotórax traumático abierto con patología craneal.
- Herida en cuello, rotura traqueobronquial, diafragmática, esofágica.
- **Quemados:**
 - Quemaduras en genitales, manos, pies, cara, cuello.
 - Quemaduras circunferenciales. Eléctricas por alto voltaje. Patologías asociadas. Politraumatizados (unidad de quemados).
 - 2-5 % Superficie corporal quemada (SCQ) (grosor total): unidad de quemados (UQ).
 - > 15% SCQ Adultos: UQ.
 - > 10% SCQ Niños o ancianos: UQ.
 - Quemadura inhalatoria.
- **Cirugía vascular:**
 - Patología vascular isquémica periférica: si precisara perfusión de catecolaminas o hipotensores.
 - Aneurisma de aorta abdominal.
- **Digestivo:**
 - Pacientes con hemorragia digestiva alta (HDA) con signos de sangrado activo e inestabilidad hemodinámica que precise sobrecarga de fluidos y no esté indicada la intervención quirúrgica urgente en este centro o no se disponga de especialista para endoscopia urgente.
- **Medicina intensiva:** Incluyen los pacientes que precisen ingreso en Unidad de Cuidados Intensivos Médica o Quirúrgica por:
 - Carencia de camas de Unidad de Cuidados Intensivos.
 - Ausencia de procedimientos diagnósticos o terapéuticos.
 - Para el establecimiento de un diagnóstico clínico.
- **Nefrología:** Si no disponible en el centro:
 - Fracaso renal agudo o crónico agudizado con indicación de hemodiálisis.
 - Intoxicaciones por sustancias dializables o hemoperfundibles.
- **Neurocirugía:**
 - **Tumores primarios del Sistema Nervioso Central:** con escala de Glasgow (GCS) <13, agitación psicomotriz o necesidad de sedación intensa, crisis epilépticas repetidas (2 o más en <24 horas).
 - > Primer diagnóstico
 - > Recidivas.

- **Abcesos cerebrales con las mismas consideraciones.**
- **Accidentes cerebrales vasculares** con GCS<13, agitación psicomotriz o necesidad de sedación intensa, crisis epilépticas repetidas (2 o más en <24 horas), deterioro neurológico inminente o progresivo, efecto masa, necesidad de drogas vasoactivas.
 - Hemorrágicos:
 - Hematomas cerebelosos.
 - Hematomas corticales (si existe efecto masa, enclavamiento).
 - Hemorragia subaracnoidea.
 - Hematomas subdurales espontáneos.
 - Isquémicos: En principio sólo los infartos isquémicos cerebelosos pueden necesitar, aunque en raras ocasiones, tratamiento neuroquirúrgico descompresivo del tronco cerebral por edema.
- **Traumatismos craneoencefálicos (TCE)** con GCS<13, agitación psicomotriz o necesidad de sedación intensa, crisis epilépticas repetidas (2 o más en <24 horas), deterioro neurológico inminente o progresivo, efecto masa, necesidad de drogas vasoactivas.
 - GCS <14 puntos.
 - Lesión ocupante de espacio (LOE) de cualquier localización.
 - Fracturas craneales.
 - Hidrocefalias:
 - Agudas.
 - Patología relacionada con derivaciones ventriculares: infecciones y obstrucciones.
- **Lesiones medulares agudas** por causa medular u otra causa (TCE), deterioro neurológico inminente o progresivo, necesidad de ventilación mecánica, inestabilidad hemodinámica.
 - Traumatismos:
 - Asociado a fractura vertebral:
 - Inestables.
 - Estables con focalidad neurológica transitoria.
 - Focalidad neurológica mantenida.
 - Hemorragias medulares.
 - Abscesos intrarraquídeos.
 - Compresión medular tumoral en enfermo sin neoplasia conocida.
- **Fracturas vertebrales inestables** por causa medular o por otra causa traumatismo craneoencefálico (TCE), o existe deterioro neurológico inminente o progresivo.

- **Respiratorio** para broncoscopia por en el caso de hemoptisis masiva, cuerpos extraños, o traumatismos torácicos graves con insuficiencia respiratoria actual o potencial, inestabilidad hemodinámica, necesidad de ventilación mecánica o aminas.
- **Traumatología:** Amputaciones para reimplantación y puedan necesitar de ventilación mecánica, inestabilidad hemodinámica, lesiones potencialmente sangrantes.

8.4. Confianza

Los traslados se ajustarán a las normas del protocolo consensuado y aprobado por los agentes.

Una vez alcanzado un acuerdo, entre los agentes tienen que establecer una relación de confianza para tomar decisiones basadas en el modelo general y respetando las restricciones.

En algunas ocasiones es posible que la elección del medio de traslado pueda ocasionar alguna duda.

En caso de dudas o conflictos sobre la indicación del traslado o el medio de transporte a utilizar, ésta será resuelta en orden jerárquico por el Servicio de Cuidados Críticos y Urgencias, siempre teniendo en cuenta los protocolos específicos para cada patología (22)(23).

9. Conclusiones

- Se establecerá como norma general que el transporte interhospitalario debe realizarse con personal formado y entrenado en este tipo de transporte (24).
- Debido al numero de traslados diarios, éstos consumen gran parte del operativo ordinario de la atención a urgencias y emergencias, por lo que se propone la puesta en marcha de dos dispositivos tipo UVI móvil, con una operatividad de 12 horas, al margen de los recursos diarios.
- Por tanto optimizaríamos los recursos, complementando el principio de eficiencia con el de equidad.
- Los agentes que intervienen en este acuerdo se convierten por tanto en gestores directos de la asistencia, y los profesionales son los verdaderos distribuidores finales de los recursos (12).
- El paciente crítico que necesite transporte interhospitalario tiene que ser estabilizado mediante los procedimientos médicos adecuados, antes del traslado y durante el traslado (25).

- Para el clínico el camino hacia la eficiencia pasa por asegurar la efectividad clínica (26).
- Además el clínico tiene dificultad para medir la eficiencia técnica, lo que causa una fascinación por la tecnología, sin haber probado otros métodos de coste notablemente inferior (por ejemplo, telemedicina) (27).
- La gestión del tiempo en el transporte primario con relación al transporte secundario es diferente. El tiempo de respuesta en el transporte primario debe ser lo más rápido posible para llegar al lugar del suceso. Es de sentido común que la atención a la urgencia extrahospitalaria en el menor tiempo posible reduce la mortalidad (28). Las patologías tiempo dependientes que necesiten transporte interhospitalario, deben ser interpretadas como transporte primario con arreglo a las guías y protocolos establecidos para ellas como ventana terapéutica (infarto agudo de miocardio con elevación de ST, código ictus, neurocirugía...).
- Se deben establecer unidades de referencia para el conjunto de patologías tiempo dependientes, adecuando el tiempo de respuesta a la ventana terapéutica.

10. Bibliografía

- (1) Koppenberg J., Taeger K. Interhospital transport: transport of critically ill patients. *Current Opinion in Anesthesiology*, 2002;15(2):211.
- (2) Proyecto A. Marco Estratégico para la mejora de la atención primaria de salud 2007-12. Ministerio de Sanidad y Consumo 2006.
- (3) Ley General de Sanidad. Ley 14/1986, de 25 de abril. *Boletín Oficial del Estado* 1986; 102.
- (4) 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.
- (5) Beltrán J. La gestión por procesos asistenciales integrados. *Neurología*, 2003; 18 (Supl. 4): 48-56.
- (6) Márquez Flores E., García Torres S., Chaves Vinaigre J. Transporte de pacientes en Estado Crítico. Gil Cebrián J., Díaz-Alersi Rosety R., Coma M^a Jesús, Gil Bello D., editores. Principios de urgencias, emergencias y cuidados críticos. [Citado de 22 de febrero de 2008] disponible en URL: <http://tratado.uninet.edu/c120101.html>.
- (7) Características técnico-sanitarias de los vehículos-ambulancias residenciados en la Comunidad de Madrid. Decreto 128/1996, de 29 de agosto —transporte sanitario terrestre—, *BOCM* de 11 de septiembre. *Medicina intensiva* (Madrid edición impresa).
- (8) Características técnicas de los vehículos de transporte sanitario por carretera. RD 619/1998, de 17 de abril de 1998.
- (9) Moreno E., Serrano S., Bóveda J., Echevarría M., Muñoz J., Diego A. Sistema de valoración de pacientes para el transporte sanitario. Resultados de su aplicación en traslados secundarios. *Medicina intensiva* (Madrid edición impresa) 1988; 12(8): 432-438.
- (10) Schramm F.R., Kottow M. Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. *Cad Saúde Pública*, 2001; 17(4): 949-956.
- (11) Vázquez M.J., Rodríguez C.Á. Transporte interhospitalario urgente desde los hospitales comarcales. *Emergencias*, 2008; 20: 245-250.
- (12) Couceiro A. Los niveles de la justicia sanitaria y la distribución de los recursos. *An. Sist. Sanit. Navar.* 2006; 29 (supl. 3): 61-64.
- (13) Moliner J.V., Valverde A.G., López A.R., González F.S., González A.L., Lacueva M.I.M., et al. Análisis y evaluación del helitransporte sanitario en Aragón. *Emergencias*, 2007; 19: 16-20.
- (14) Ordenación de las prestaciones sanitarias en el SNS. RD 63/1995 de 21 de enero. AA.VV.: «Seguridad Social y protección social: temas de actualidad», Marcial Pons, Madrid, 1996.
- (15) Gray A., Bush S., Whiteley S. Secondary transport of the critically ill and injured adult. *Br. Med. J.*, 2004; 21(3): 281.
- (16) C de Equipos, SR de Salud, DP de Urgencias. Documentos de transporte o traslado interhospitalario urgente. Área de salud II Rioja media urgencias y emergencias 12 de junio de 2007, www.larioja.org.
- (17) Consejería de Salud-SAS. Traslado de enfermos críticos: protocolos de transporte secundario y primario, 2001.
- (18) Villalbí J.R., Cusi M., Caylà J.A., Duràn J., Guix J. El ejercicio de la autoridad sanitaria: los principios, lo reglamentado y la incertidumbre. On the exercise of health authority: principles, regulations and uncertainty. *Gac. Sanit.*, 2007; 21(2).
- (19) Holguer Billhardt. Universidad Carlos III. Facultad de Informática. Mostoles. Proyecto mHealth demostrador, 2009.
- (20) Badia M. Transporte interhospitalario de largo recorrido. Utilidad de las escalas de gravedad. *Medicina Intensiva*, 2009; 33(05): 217.
- (21) Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid, 2010.
- (22) Prospective application of risk scores in the interhospital transport of patients, 1998.
- (23) Warren J., Fromm Jr. R.E., Orr R.A., Rotello L.C., Horst H.M. Guidelines for the inter- and intrahospital transport of critically ill patients*. *Crit. Care Med.*, 2004; 32(1): 256.

- (24) Markakis C., Dalezios M., Chatzicostas C., Chalkiadaki A., Politi K., Agouridakis P. Evaluation of a risk score for interhospital transport of critically ill patients. *Br. Med. J.*, 2006; 23(4): 313.
- (25) Nagappan R., Barker J., Riddell T., Maiden N.J., Lindsay S., Pennycook G.A., et al. Helicopter in transit care of the critically ill—the Whangarei experience. *N. Z. Med. J.*, 2000, Jul 28; 113(1114): 303-305.
- (26) Ortún Rubio V., Rodríguez Artalejo F. De la efectividad clínica a la eficiencia social. *Medicina clínica*, 1990; 95(10): 385-388.
- (27) Abizanda R., Perales N., Cabré L., Rodríguez M., Reig R. El reto de la eficiencia en medicina intensiva. ¿No sería mejor el reto de expresar la eficiencia? *Rev. Cal. Asist.*, 1998; 13: 228-232.
- (28) Sampalis J.S., Denis R., Lavoie A., Frechette P., Boukas S., Nikolis A., et al. Trauma care regionalization: a process-outcome evaluation. *J. Trauma*, 1999; 46(4): 565.

Cuestiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

*Ana Begoña Martín
Mendiola*

1. Introducción
2. Principios informadores de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
3. Evolución internacional de los conceptos de Salud Sexual y Salud Reproductiva e introducción en nuestro ordenamiento jurídico
4. Comparativa del tratamiento dado a la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio de reforma del artículo 417 bis del código penal y la nueva Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo
5. Información previa al consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo
6. Protección de la intimidad y confidencialidad
7. Objeción de conciencia sanitaria, ¿existe hoy más seguridad jurídica para los profesionales sanitarios que ejerzan este derecho?

1. Introducción

Hace ahora 25 años que se promulgó la primera Ley que despenalizaba tres supuestos de aborto. Los cambios sociales, culturales y morales además de la secularización del Estado¹ fueron propicios para la aprobación de leyes como la del divorcio² y más tarde la despenalización del aborto en supuestos considerados y valorados por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el recurso previo de inconstitucionalidad 53/1985 de 5 de abril, como conformes a la Norma y que expongo más adelante.

En estos años se ha tratado en diversas ocasiones, sin éxito, de modificar la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, pero han hecho falta más de dos décadas para llevarlo a cabo. Se han plasmado en un documento legal muchos de los principios llevados a Organizaciones Internacionales, que consagran los derechos sexuales y reproductivos.

Voy a hacer el estudio centrándome en el Título II en el que se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías en el acceso a la prestación, comparando la ley de despenalización de 1985 con la nueva Ley 2/2010 respecto del procedimiento de interrupción del embarazo tal y como lo plantea la norma recientemente aprobada y que entrará en vigor el 5 de julio de este año. Dejando para un posterior estudio los aspectos relacionados con las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva y las medidas en el ámbito sanitario y educativo, enumerados en su Título I.

Asimismo me detendré en uno de los aspectos controvertidos que se han suscitado en los debates parlamentarios y en los medios de comunicación, la objeción de conciencia sanitaria, la normativa, la jurisprudencia y la seguridad jurídica de los profesionales que quieran objetar frente a las mujeres embarazadas que quieran acceder a la prestación.

No me voy a encargar en esta ocasión de tratar el tema de la capacidad para prestar consentimiento en relación a la modificación en la Ley de Autonomía del Paciente de la mayoría de edad sanitaria para las mujeres que superen los 16 años y quieran ejercer el derecho a interrumpir su embarazo, dada la extensión

y complejidad del problema, máxime en los menores de edad o menores maduros, lo dejaremos para un posterior estudio³.

En relación con la protección de la vida prenatal en el ordenamiento español, no voy a entrar en el debate en torno al valor de la vida humana antes del nacimiento y su protección jurídica que para algunos resulta débil e insuficiente⁴. No es objeto de este trabajo, dada la naturaleza del problema y la especial relación entre la madre y el nasciturus, la valoración en profundidad de ideas, creencias, o convicciones morales, culturales y sociales. Sino un acercamiento desde el punto de vista del Derecho Internacional a la ponderación de los bienes jurídicos que se quieren proteger, los derechos de la mujer en relación con la maternidad y los derechos de la vida prenatal.

Referente a la confidencialidad de los datos y el derecho a la intimidad de la mujer embarazada que va a pedir asesoramiento, la ley establece una sobreprotección además de la que la Ley de Protección de Datos le otorga a los datos de salud. Es la disociación mediante un código, de los datos personales y los clínicos, además de la obligatoriedad de eliminar los datos personales a los 5 años aunque quede la Historia Clínica para usos epidemiológicos o de investigación.

Sobre todo y principalmente me interesa el enfoque, desde el punto de vista positivo, de los problemas que se plantean en cuanto a los sujetos de derecho que intervienen, la mujer embarazada, los profesionales que potencialmente la atenderán en ese proceso de toma de decisión primero, e interrupción del embarazo después, además de la función del Estado como garante de los derechos de ambas partes de la relación jurídica.

2. Principios Informadores de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo

El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad

¹ Trenzado Romero, M. Cine y poder: el cine español y la secularización del discurso público sobre la moral durante la transición y consolidación democrática. Política y Sociedad, 2007, Vol. 44 Núm. 3: 71-87.

² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE nº 172 de 20 de julio de 1981.

³ Recomiendo lectura de los trabajos de Parra Lucán MA, La Capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español. O el de Nieto Alonso A. La Relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud.

⁴ Castillo Martínez, CC. La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español. Al detalle: Jurisprudencia.Sepin. 2010 (90):13-25

*de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar*⁵. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.(...)

La Ley aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral (...) y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo. Establece, asimismo, una **nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal** que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal⁶.

La norma analizada, que entrará en vigor el 5 de julio de este mismo año en España nace, según su Preámbulo, para adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional plasmada en textos internacionales en los ámbitos de Naciones Unidas o de la Unión Europea.

Así la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer**⁷, establece en su artículo 12 que *los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la*

planificación de la familia. Esta Convención fue el fruto del trabajo realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada en 1946, por el **Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas** que basándose en la **Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer** de Naciones Unidas de 1967⁸ tenía como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes para conseguirlo. La tarea de la Comisión comenzó en 1974, la **Asamblea General de Naciones Unidas** finalmente la aprobó el **18 de diciembre de 1979** y España la ratificó el 18 de diciembre de 1983⁹.

Por otro lado, la **Plataforma de Acción de Beijing**¹⁰ es un reflejo del nuevo compromiso internacional por alcanzar las metas de igualdad, desarrollo y paz de las mujeres de todo el mundo. Supone, además, la consolidación de los compromisos adquiridos durante la Década de la Mujer de las Naciones Unidas, 1976-1985, que formó parte de la Conferencia de Nairobi, como también de los compromisos afines adquiridos en el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas celebradas en el decenio de 1990. La Plataforma de Acción define los objetivos estratégicos y explica las medidas que deberán adoptar los Gobiernos, la comunidad internacional, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.

La Declaración de Beijing en su apartado 96 señala que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Asimismo en el párrafo 97 reconoce que *el aborto en condiciones peligrosas* pone en peligro la vida de un gran número de mujeres y representa un grave problema de salud

⁵ Esta idea ya aparece recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en su Fundamento Jurídico nº 8 *Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).*

⁶ Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE Núm. 55, 4 de marzo de 2010).

⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. ONU 1979. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010] URL disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>

⁸ Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1967. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010]. URL disponible en: <http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/239/40/IMG/NR023940.pdf?OpenElement>.

⁹ («BOE núm. 69/1984, de 21 de marzo de 1984»).

¹⁰ Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 por los representantes de 189 países. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010]. URL disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?path=http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

pública, puesto que son las mujeres más pobres y jóvenes las que corren más riesgos. La mayoría de las muertes, problemas de salud y lesiones se pueden evitar, mejorando el acceso¹¹ a servicios adecuados de atención de la salud, incluidos los métodos de planificación de la familia, eficaces y sin riesgos y la atención obstétrica de emergencia.

Las medidas que han de adoptarse para alcanzar esos objetivos¹² son reconocer y afrontar las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos, por ser una cuestión de gran importancia para la salud pública. A la luz de lo dispuesto en el párrafo 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo¹³, donde se establece que: *en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos.*

En el ámbito europeo nos encontramos la **Resolución sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia (2001/2128(INI))**¹⁴ que

hace varias recomendaciones a los países miembros de la Unión. Entre ellas algunas en materia de anticoncepción, que desarrollen una política nacional de alta calidad sobre salud sexual y reproductiva, en colaboración con organizaciones pluralistas de la sociedad civil, proporcionando una amplia información sobre las posibilidades efectivas y responsables de planificación familiar, con el fin de garantizar un acceso equitativo a una amplia variedad de métodos anticonceptivos de alta calidad y métodos de conciencia de la propia fertilidad.

En relación con embarazos no deseados y abortos, subraya que no se debe fomentar el aborto como método de planificación familiar; recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos que se esfuercen en aplicar una política sanitaria y social que permita una inflexión del recurso al aborto, concretamente, mediante la prestación de servicios y asesoramiento de planificación familiar y la oferta de ayuda material y económica a las mujeres embarazadas que se encuentren en dificultades, y que consideren la práctica de abortos en condiciones inadecuadas un asunto de salud pública del mayor interés; recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres, se legalice el aborto, con objeto de hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales. Hace un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal.

En materia de salud sexual y reproductiva de los adolescentes y educación sexual hace un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que mejoren y amplíen el acceso de los jóvenes a los servicios sanitarios (centros juveniles de planificación familiar, centros escolares, etc.) adecuándolos a sus preferencias y necesidades; solicita a los Gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos que ofrezcan apoyo a las adolescentes embarazadas, con independencia de que deseen interrumpir el embarazo o llevarlo a término, y que garanticen su posterior educación.

¹¹ Declaración de Beijing, Dentro del objetivo estratégico C.1. dice que se debe fomentar el acceso de la mujer durante toda su vida a servicios de atención de la salud y a información y servicios conexos adecuados, de bajo costo y de buena calidad.

¹² Apartado 106 de la Declaración de Beijing.

¹³ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010]

URL disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement>

¹⁴ Resolución sobre salud sexual y reproductiva y los derechos en esta materia. 2001. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010]. URL disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0223+0+DOC+XML+V0//ES>

En cuanto a la política general de salud sexual y reproductiva de la UE pide a los Gobiernos de los Estados miembros que ofrezcan acceso a los servicios sanitarios sexuales y reproductivos sin discriminación alguna por motivos de orientación sexual, sexo o estado civil; exhorta a la Comisión a que garantice que se están llevando a cabo el seguimiento y la evaluación permanentes de los programas de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer; asimismo acoge con entusiasmo el objetivo establecido en el Documento Final de la Conferencia «Beijing + 5», que propone conseguir un acceso universal a la asistencia sanitaria de alta calidad de aquí a 2015, incluida la asistencia en materia de salud sexual y reproductiva.

De esta forma la reciente ley pone de relieve los principios plasmados en los textos internacionales anteriormente referidos en relación a las políticas públicas que deben tomarse en materia de salud sexual y reproductiva. Esta norma aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Introduce en nuestro ordenamiento las definiciones de la Organización Mundial de la Salud sobre salud, salud sexual y salud reproductiva y prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo. Establece, asimismo, una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal¹⁵.

3. Evolución internacional de los conceptos de Salud Sexual y Salud Reproductiva e introducción en nuestro ordenamiento jurídico

El legislador español incorpora a la Ley de Salud Sexual y Reproductiva conceptos ya definidos y consolidados en el Derecho Internacional, concretamente su artículo 2 dice:

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones:

- a) **Salud:** el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- b) **Salud sexual:** el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia.
- c) **Salud reproductiva:** la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos.

El concepto de Salud Sexual y Reproductiva¹⁶ es definido por el Fondo de Población de Naciones Unidas como un «Enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de hombres y mujeres respecto a la sexualidad y la reproducción». Este concepto nació como tal en la «Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas» (CIPD)¹⁷ que tuvo lugar en El Cairo en 1994. Fue en esta conferencia donde se acuñó por primera vez este término.

La Salud Reproductiva se define como un «Estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. Entraña además la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia». Además se establece como objetivo de la Salud Sexual «el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento en materia de reproducción y enfermedades de transmisión sexual».

El proceso para alcanzar el derecho a la salud sexual y reproductiva tal y como lo entendemos actualmente comenzó en 1948 en la Declaración de los Derechos Humanos¹⁸, además de reconocerse el derecho de todo ser humano a la salud se recoge por primera vez una alusión directa a la salud

¹⁵ El TC en su sentencia 53/1985 planteaba en su FJ 9 que *en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.*

¹⁶ Mazarrosa L., Gil S. Salud Sexual y Reproductiva . Programa de Formación de Formadores/as en Perspectiva de Género y Salud. Ministerio Sanidad y Consumo 2006; Vól 12: págs.. 4-7.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En línea [fecha de acceso 28 de abril de 2010]. URL disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/60UDHR/leaflets.pdf>

materna e infantil en el capítulo 25.2 donde se señala que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños y todas las niñas, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social». El concepto empezará a cobrar cada vez mayor relevancia. En 1952 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprueba el «Convenio relativo a la protección de la maternidad»¹⁹.

Fue la «Conferencia de Alma Ata» en 1978²⁰, patrocinada por la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, cuando se incluye la planificación familiar como un mínimo más de la salud materna e infantil. En 1979 en la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» de Naciones Unidas (CEDAW) se vuelve a recoger en su declaración el derecho a un «acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia».

En 1994 el término de salud materna e infantil es sustituido por, el término de Salud Sexual y Reproductiva en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Un año más tarde, en Beijing, tiene lugar la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas donde se insiste en los derechos de las mujeres y donde se perfila y refuerza el concepto de salud sexual y reproductiva. Se aprueba la Declaración y la Plataforma de Acción que serán una guía a seguir por gobiernos y entidades de todo el mundo. La Plataforma afirma de nuevo que «los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de

coerción, discriminación y violencia» y reconoce que «la capacidad de las mujeres para controlar su fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos».

En 1996 la Unión Europea y todos sus estados miembros adoptan formalmente el «Plan de Acción sobre Población y Desarrollo de El Cairo»²¹ «Considerando que se ha consagrado como un derecho fundamental el derecho de los individuos a un control y a una elección libre y documentada sobre todas las cuestiones relacionadas con su sexualidad y la salud sexual y reproductiva, en particular la posibilidad de elegir libremente el número de hijos y cuándo tenerlos». A partir de este momento, la política de la Unión en salud sexual y reproductiva se enmarca en los principios de El Cairo. La Unión promueve «un enfoque holístico y el reconocimiento de la salud y de los derechos en materia de reproducción y sexualidad, tal y como están recogidos en el programa de acción de la CIPD incluida una maternidad exenta de riesgos y el acceso universal a una gama completa de cuidados y servicios seguros y fiables en materia de salud reproductiva y sexual» según artículo 1.2 del «Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ayuda para políticas y acciones sobre la salud y derechos en materia de reproducción y sexualidad en los países en desarrollo»²².

A nivel mundial en la «Cumbre del Milenio»²³ que tuvo lugar en el año 2000, este espíritu estuvo presente a la hora de definir dos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. En éstos se recogen aspectos fundamentales para la mejora de la salud reproductiva a nivel global: la reducción de la mortalidad materna y el avance hacia la igualdad entre los géneros junto con el empoderamiento de las mujeres.

¹⁹ Convenio relativo a la protección de la maternidad(OIT). 1952. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010] URL disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/externos/derechosmujer/Convenio103.pdf>

²⁰ Conferencia de Alma Ata. OMS, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. 1978. <http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf>

²¹ Resolución sobre el seguimiento de la Conferencia internacional de El Cairo sobre Población y Desarrollo. Diario Oficial Unión Europea n° C 211 de 22/07/1996 p. 0031. En línea [fecha de acceso 29 de abril de 2010] URL disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=314075:cs&clang=es&dist=318168:cs,316692:cs,313682:cs,313440:cs,314075:cs,344196:cs,344192:cs,&pos=5&page=1&nb1=7&pgs=10&hwords=sexualidad~&checktext=checkbox&visu=>

²² Reglamento (CE) n° 1567/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo a la ayuda para políticas y acciones sobre la salud y derechos en materia de reproducción y sexualidad en los países en desarrollo. En Línea [fecha de acceso 20 de abril de 2010] URL disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R1567:20051228:ES:HTML>

²³ Cumbre del Milenio ONU 2000. En línea. [fecha de acceso 29 de abril de 2010] URL disponible en: <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/F5mdg200203s.pdf>

4. Comparativa del tratamiento dado a la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio de reforma del artículo 417 bis del Código Penal y la nueva Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo

Diferencias en plazos y requisitos

Según la ley orgánica 9/1985, del 5 de julio de reforma del artículo 417 bis del código penal, no será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias de los siguientes supuestos:

- el supuesto terapéutico; es decir, que sea necesario para evitar un grave peligro para la salud física o psíquica de la madre y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, según el Tribunal Constitucional²⁴, el término *necesario* que se utiliza sólo puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida del nasciturus y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma;
- el supuesto ético; en el que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429 del Código Penal, siempre que el aborto se practique dentro de las primeras doce semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado, el Tribunal Constitucional en la misma sentencia se manifiesta diciendo que en los casos en los que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal, es manifestamente inexistente

obligar a la mujer a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza;

– y por último, el supuesto eugenésico; que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

La nueva ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo que entrará en vigor el 5 de julio de 2010, regula en su Título Segundo, Capítulo I, las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. (...).

Los supuestos permitidos son:

- *Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

²⁴ STC 53/1985, de 11 de abril (BOE nº 119, de 18 de mayo de 1985). En su fundamento jurídico 9.

- a) *Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, (...)*
- b) *Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.*

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un*

- médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.*
- b) *Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.*
- c) *Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.*

TABLA 1.

Ley Orgánica 9/1985, del 5 de julio de reforma del artículo 417 bis del código penal			Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo			
Supuesto	Plazo	Dictamen	Supuesto		Plazo	Dictamen
Terapéutico, necesario para evitar un grave peligro para la salud física o psíquica de la madre	sin limite	Por un médico distinto del que practique la IVE	Por causas médicas	Grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada	22 semanas de gestación	Por un médico especialista distinto del que practique la IVE
				Graves anomalías en el feto	22 semanas de gestación	
Eugenésico, que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas	22 semanas de gestación	Por dos médicos distintos del que practique la IVE		Anomalías fetales incompatibles con la vida	Sin límite	Por un médico especialista distinto del que practique la IVE
				Enfermedad extremadamente grave e incurable		Cuando así lo confirme un Comité Clínico
Ético, consecuencia de un hecho constitutivo de delito (previa denuncia)	12 semanas de gestación					
			IVE a petición de la embarazada (previa información sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad al menos 3 días antes de la intervención)		14 semanas de gestación	
En ambas regulaciones los requisitos necesarios son que se practique <i>por médico especialista</i> , en centro público o privado <i>acreditado</i> y con el <i>consentimiento expreso</i> de la mujer embarazada (se podrá prescindir en caso de riesgo vital para la mujer embarazada)						

5. Información previa al consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo

La nueva regulación es muy explícita y novedosa en cuanto a **la información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo**.

Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo

Las mujeres que se acojan al artículo 14 para la IVE recibirán un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

- a) *Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.*
- b) *Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.*
- c) *Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.*
- d) *Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.*

En el supuesto de interrupción del embarazo por graves anomalías en el feto, la mujer recibirá información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

Además en todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, las contraindicaciones y específicamente sobre las consecuencias médicas,

psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

La información será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

6. Protección de la intimidad y confidencialidad

Tratamiento de datos

El artículo 10 de la LOPD establece que *el responsable del fichero, y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*. En idénticos términos se manifiesta el artículo 11 de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.

En el ámbito sanitario el deber de secreto está especialmente previsto en el artículo 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que determina: *el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto*.

La LO 2/2010 en el artículo 21 establece el carácter dissociado que se deberá dar a los datos de todas las mujeres que se sometan a una interrupción voluntaria del embarazo desde el momento en que soliciten la información. De tal forma que refuerza la protección del Derecho Fundamental a la intimidad y a la confidencialidad de los datos, en el caso de las mujeres que se sometan a una IVE, que ya el ordenamiento estaba dando a los datos de salud.

La LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos en su artículo 3 define el procedimiento de disociación como todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

1. En el momento de la solicitud de información (...) los datos identificativos de las pacientes a las que efectivamente se les realice la prestación serán objeto de codificación y separados de los datos de carácter clínico asistencial relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo.

2. (...)

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se considerarán datos identificativos de la paciente su nombre, apellidos, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento nacional de identidad o documento identificativo equivalente, así como cualquier dato que revele su identidad física o genética.

3. En el momento de la primera recogida de datos de la paciente, se le asignará un código que será utilizado para identificarla en todo el proceso.

4. Los centros sustituirán los datos identificativos de la paciente por el código asignado en cualquier información contenida en la historia clínica que guarde relación con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, de forma que no pueda producirse con carácter general, el acceso a dicha información.

5. Las informaciones relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo deberán ser conservadas en la historia clínica de tal forma que su mera visualización no sea posible salvo por el personal que participe en la práctica de la prestación, (...).

Acceso y cesión de datos de carácter personal

El artículo 22 de la Ley 2/2010 regula el acceso y cesión de datos de carácter personal.

1. Únicamente será posible el acceso a los datos de la historia clínica asociados a los que identifican a la paciente, sin su consentimiento, en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica.

Cuando el acceso fuera solicitado por otro profesional sanitario a fin de prestar la adecuada asistencia sanitaria de la paciente, aquél se limitará a los datos estricta y exclusivamente necesarios para la adecuada asistencia, quedando constancia de la realización del acceso.

En los demás supuestos amparados por la ley, el acceso se realizará mediante autorización expresa del órgano competente en la que se motivarán de forma detallada las causas que la justifican, quedando en todo caso limitado a los datos estricta y exclusivamente necesarios.

2. El informe de alta, las certificaciones médicas y cualquier otra documentación relacionada con la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo que sea necesaria a cualquier efecto, será entregada exclusivamente a la paciente o persona autorizada por ella. Esta documentación respetará el derecho de la paciente a la intimidad y confidencialidad en el tratamiento de los datos de carácter personal recogido en este Capítulo.

3. No será posible el tratamiento de la información por el centro sanitario para actividades de publicidad o prospección comercial. No podrá recabarse el consentimiento de la paciente para el tratamiento de los datos para estas actividades.

La Agencia española de protección de datos en un informe de abril de 2008 se refiere a los aspectos generales relativos al tratamiento de los datos relacionados con la salud y las garantías exigibles conforme a la legislación de protección de datos.

Por su naturaleza los datos de salud tienen un carácter especialmente protegido. En cuanto se esté haciendo referencia a los datos de las pacientes que acudan a los centros en que se puedan llevar a cabo actuaciones de interrupción voluntaria del embarazo habrán de ser considerados datos relacionados con la salud de las citadas pacientes.

A tal efecto, el artículo 5.1 g) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, define los datos de carácter personal relacionados con la salud como «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». (...)

Se establece así un concepto amplio de los mencionados datos, siguiendo lo señalado en la Memoria Explicativa del Convenio número 108 del Consejo de Europa y las recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros de la citada Institución, así como por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Por tanto, la información que sea objeto de tratamiento por los centros sanitarios públicos o privados, estos últimos debidamente acreditados, relacionada con la interrupción voluntaria del embarazo, incluidos los dictámenes exigibles por las normas reguladoras de los mencionados centros así como toda la información clínica relacionada con el correspondiente acto médico e incorporada a la historia clínica de la paciente, deberá ser considerada relacionada con la salud de la misma.

En relación con los datos de salud, es preciso indicar que la Ley Orgánica 15/1999 establece un régimen especial para su tratamiento y, en su caso, comunicación, considerándolos datos especialmente protegidos.

Como regla general, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que «los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados,

tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente».

El citado precepto viene a reconocer en nuestro derecho lo indicado en el Considerando 34 de la Exposición de Motivos de la Directiva 95/46/CE en que se indica que «se deberá autorizar a los Estados miembros, cuando esté justificado por razones de interés público importante, a hacer excepciones a la prohibición de tratar categorías sensibles de datos en sectores como la salud pública y la protección social, particularmente en lo relativo a la garantía de la calidad y la rentabilidad, así como los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro enfermedad, la investigación científica y las estadísticas públicas; que a ellos corresponde, no obstante, prever las garantías apropiadas y específicas a los fines de proteger los derechos fundamentales y la vida privada de las personas».

De este modo, la Ley Orgánica 15/1999 establece un régimen específico para los datos de salud, de modo que su tratamiento o comunicación podrá llevarse a cabo sin consentimiento del afectado sólo en caso de que una Ley así lo prevea, debiendo quedar esta habilitación fundada en la existencia de «razones de interés general».

La propia Ley Orgánica prevé expresamente algunos de los supuestos en los que será de aplicación la norma citada. Así, el artículo 7.6 establece en su párrafo primero que «podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, 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».

Igualmente, conforme al párrafo segundo del propio artículo 7.6, «También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento».

Respecto de lo dispuesto en el artículo 7.6, el documento WP131 del Grupo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE recuerda que «Puesto que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva (que

transpone el citado artículo 7.6) constituye una excepción a la prohibición general de tratar datos sensibles, esta excepción deberá interpretarse de forma restrictiva». De este modo, señala que:

«Esta excepción cubre solamente el tratamiento de datos personales para el propósito específico de proporcionar servicios relativos a la salud de carácter preventivo, de diagnóstico, terapéutico o de convalecencia, y a efectos de la gestión de estos servicios sanitarios, como por ejemplo facturación, contabilidad o estadísticas. (...).

Asimismo, debe recordarse que la Audiencia Nacional, en Sentencia de 31 de mayo de 2002 ha indicado que la excepción prevista en el artículo 7.6 habrá de ser interpretada restrictivamente, considerando que será preciso atender en cada caso concreto a que el tratamiento se dirija efectivamente a la prevención y el diagnóstico. En este sentido, un tratamiento para un fin distinto (...) en que estas finalidades puedan ser consideradas «secundarias» no se encontraría amparado por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999

Recuerda el artículo 10.5 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que «no será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de las personas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud».

Por último, el artículo 11.2 f) de la Ley Orgánica establece la licitud de la cesión de determinados datos relacionados con la salud si la misma es «necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica».

En consecuencia, la Ley Orgánica 15/1999 viene a establecer una lista tasada de casos en que será posible el tratamiento de los datos relacionados con la salud, quedando el mismo limitado a los supuestos en que:

- El interesado haya prestado su consentimiento expreso para ello.
- Una norma con rango de Ley así lo prevea, por razones de interés público.
- El tratamiento sea necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la

gestión de servicios sanitarios, con las restricciones previstas en el artículo 7.6 de la Ley Orgánica, que deberá además ser objeto de una interpretación restrictiva, en los términos ya señalados.

- El tratamiento sea necesario para atender una urgencia vital del afectado.
- El tratamiento se lleve a cabo en el ámbito de la asistencia sanitaria respecto de los pacientes que acudan a los centros sanitarios, en los términos previstos en la legislación sectorial que resulte de aplicación.
- La comunicación de los datos sea precisa para solucionar una urgencia o para realizar los estudios epidemiológicos.

La especial protección de los datos relacionados con la salud de las personas, en particular en el ámbito sanitario, reviste igualmente una segunda garantía de refuerzo en su tratamiento en la regulación de las medidas de seguridad que deberán implantarse en el mismo

En este sentido, el artículo 81.3 a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que «además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal: (...) los que se refieran a datos de (...) salud».

En particular, en cuanto al tratamiento automatizado de los datos de salud, debe recordarse que el artículo 103 impone la llevanza de un registro de accesos, disponiendo su apartado 1 que «de cada intento de acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado».

Dicho registro será de llevanza obligatoria en los centros en que se lleve a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que los requisitos establecidos en el artículo 1 del Real Decreto 2409/1986 impedirán que los ficheros del citado centro puedan encontrarse incluidos en la excepción prevista en el artículo 103.6 del Reglamento, referido exclusivamente a los supuestos en que el responsable del fichero o del tratamiento sea una persona física y sea el único con acceso a los datos personales.

Cancelación de datos.

Según el Informe 189/2003 de la Agencia Española de Protección de datos el derecho fundamental a la protección de datos no resulta absoluto, ni prevalece en cualquier caso ante otros intereses o derechos

dignos de protección, como la propia jurisprudencia constitucional establece. De este modo, siguiendo lo establecido en la Constitución, la Ley, en el sentido de Ley formal, podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, si bien los mismos deberán quedar claramente establecidos por el propio legislador ordinario.

En lo referente a la conservación de los datos y la atención de los derechos de cancelación planteados por los pacientes, en su caso, debe recordarse que el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 15/1999 no prevé una cancelación automática de los datos por la mera solicitud del afectado en todos los supuestos (a diferencia de las previsiones contenidas en supuestos específicos, tales como el de los datos sometidos a tratamiento con fines de publicidad), sino que dispone, en su primer inciso, que «Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley».

La Ley 41/2002 impone la obligación de conservar los datos contenidos en las historias clínicas por el plazo que resulte pertinente, nunca inferior a cinco años.

Según el Informe 0049/2005 de la Agencia Española de Protección de datos la LOPD no impide otros usos posteriores de los datos médicos, sin perjuicio de que se introduzcan salvaguardias para garantizar la confidencialidad del paciente. Así, en su artículo 16.3 se contempla el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, siendo obligado preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente.

En cuanto a la conservación de la documentación clínica, el artículo 17 de la Ley 41/2002, establece:

- «1. Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.

2. La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas».

De estas normas se desprende, por una parte, la necesidad de que la conservación de la historia médica del paciente se produzca de tal modo y en tales condiciones que aseguren la confidencialidad de la información y garanticen la intimidad de los pacientes y, por otra, la necesidad de que los datos relacionados con la salud de los pacientes puedan ser adecuadamente conocidos por los facultativos que pudieran tratarlos. Esto último supone que los datos contenidos en la historia clínica, en cuanto se relacionen con la salud del individuo y su consulta resulte adecuada para preservar dicha salud, deberán conservarse durante el tiempo adecuado a cada caso, obviamente según criterio médico, no procediendo cancelar dichos datos cuando pudiera perjudicarse la salud futura del paciente al que se refieren los mismos.

De forma taxativa la Ley 2/2010 establece que la cancelación de datos de salud relativos a una interrupción voluntaria de embarazo se haga de forma obligatoria a los 5 años estando los datos disociados y si fuera necesario conservarlos para su uso epidemiológico, investigador o de organización del Sistema Nacional de Salud se eliminen los códigos que puedan relacionar los datos personales con los datos clínicos.

Así lo especifica el artículo 23

1. Los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos

identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio por la paciente de su derecho de cancelación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

7. Objeción de conciencia sanitaria, ¿existe hoy más seguridad jurídica para los profesionales sanitarios que ejerzan este derecho?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 dice que *por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia (respecto del aborto), que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.*

La objeción de conciencia supone que una persona se niega a cumplir lo que establece una norma jurídica por motivos de convivencia, porque entra en conflicto con sus obligaciones morales o religiosas. Los dictados de conciencia, por un lado, y el contenido del Derecho positivo, por otro, se erigen así en los extremos de un conflicto en el que cualquier opción del individuo comporta la lesión de uno de dichos extremos²⁵.

La solución del Tribunal puede reputarse óptima para el ejercicio de la objeción al aborto pero dejaba abierto el alcance y los límites del ejercicio de este derecho frente a la garantía del funcionamiento de los servicios, dejándolo a la casuística jurisprudencial²⁶.

La única normativa sobre esta materia tenía rango reglamentario, y en ella se establece que la no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato, al objeto de que pueda, con tiempo suficiente, acudir a otro facultativo²⁷.

²⁵ Lorenzo, R. Objeción de conciencia versus desobediencia civil. Ecos y Comentarios. Redacción Médica. 2009.

²⁶ Lora P, Gascón, M. Bioética, Principios Desafíos y Debates. Alianza Editorial. 2008 (p.147-153).

²⁷ RD 2409/1986, de 21 de noviembre (art. 9).

Desde un punto de vista jurídico la objeción resulta relevante en la medida en que se articule un procedimiento de exoneración de ese deber jurídico para que no se vean afectados los derechos de terceros.

La Ley 2/2010 prevé la objeción de conciencia al aborto y deja abierto el desarrollo reglamentario de su ejercicio. Dentro de las *Medidas para garantizar la prestación* de interrupción voluntaria del embarazo por los servicios de salud establece que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

La Organización Médica Colegial (OMC) ha tenido siempre claro que la objeción de conciencia forma parte del ejercicio médico, en tanto que el médico no puede ser desposeído, ni privado de su libertad religiosa, ideológica, de creencias y valores. Del mismo modo ha expresado que la objeción ha de practicarse como un ejercicio de responsabilidad, provocando el menor daño posible en nuestros pacientes, no dejándolos abandonados a su suerte ni privándolos de sus derechos²⁸.

La OMC se ha manifestado a través del documento elaborado en 2009 por la Comisión de Ética y Deontología Médica²⁹ en los siguientes términos:

Como dice el artículo 18 de la Guía de Ética Médica Europea y nuestro Código de Ética y Deontología Médicas repite casi literalmente, «Es conforme a la ética que el médico, en razón de sus convicciones personales, se niegue a intervenir en procesos de reproducción o en casos de interrupción de

la gestación o abortos». (...)

Sería éticamente intolerable que un colegiado que objetara en conciencia en la institución en la que trabaja asalariado, practicara la acción objetada cuando trabaja por propia cuenta. Tal conducta sería signo de doble moral que causaría grave descrédito a la profesión médica, pues revelaría que es el afán de lucro el móvil esencial de su comportamiento. La Comisión Central de Deontología es de la opinión que en la legislación que en su día regule la objeción de conciencia profesional se penalice con la máxima dureza posible a quienes hicieran un uso espurio e indigno de la objeción. (...)

En el aspecto laboral, la objeción de conciencia No podrá dar ocasión a situaciones de «castigo» o marginación, ni a discriminaciones negativas De igual modo, la objeción de conciencia jamás podrá suponer, para el que objeta, la obtención de ventajas laborales Degradaría su dignidad ética el médico que interpusiera objeción de conciencia para reducir su carga de trabajo o para excluirse de servicios molestos. (...)

Para el Tribunal Constitucional la cuestión estuvo al principio perfectamente clara: aunque tan solo venga expresamente mencionada en el artículo 30 de la Constitución en su modalidad de objeción al servicio militar, es un derecho implícito en la constitución pues la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra constitución reconoce. Posteriormente la sentencia sobre el aborto se decantó por una posición firme³⁰.

Pero esta concepción fuerte de la objeción, como derecho fundamental fue después parcialmente desmentida en una serie de sentencias sobre el conflicto de conciencia al cumplimiento del servicio militar. Para esta doctrina la objeción de conciencia del artículo 30 sería como un derecho autónomo³¹.

En mi opinión la regulación de la objeción al aborto excluye muchas controversias que pudieran ocasionarse al oponerse derechos constitucionales fundamentales tales como el derecho al desarrollo de la personalidad de la mujer, del artículo 10 1 y el derecho del profesional a la libertad de creencias del artículo 16.1. que habría de dirimirse judicialmente caso por caso.

²⁸ Villanueva E. Tribuna: La objeción de conciencia, bases para una discusión. médicosypacientes.com 2010 (666).

²⁹ URL disponible en: <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol20/n3/legis1.html>. [fecha de acceso 29 de abril de 2010].

³⁰ Martínez Rocamora LG. La objeción de conciencia en materia de aborto. Aranzadi Social (I). Aranzadi. 1998.

³¹ Gascón M, Prieto L. Los Derechos Fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional. ADH (5) 1989.

8. Modificación en la Ley Orgánica 41/2002 de los límites al consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo en las menores de edad

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

El consentimiento informado en el menor maduro en el ámbito de la hospitalización

*M.^a Luisa Martínez
González*

1. Introducción
 - 1.1. Doctrina del menor maduro
2. Objetivos
 - 2.1. Objetivo general
 - 2.2. Objetivos específicos
3. Material y método
 - 3.1. Primera fase
 - 3.2. Segunda fase
4. Resultados
 - 4.1. Primera fase
 - 4.2. Segunda fase
5. Discusión
6. Conclusiones
7. Bibliografía
8. Anexos
 - Anexo 1. Variables de estudio revisión de las historias clínicas
 - Anexo 2. Encuesta a médicos
 - Anexo 3. Ley 41/2002, de 14 de noviembre
 - Anexo 4. Declaración de Helsinki 1964
 - Anexo 5. Preguntas para la reflexión
 - Anexo 6. Código de ética y deontología médica de la organización médica colegial (1999)
 - Anexo 7. Carta europea de los derechos de los niños hospitalizados
 - Anexo 8. Declaración de los derechos de los niños
 - Anexo 9. Bioética
 - Anexo 10. Glosario de términos

Firmado por

Gracias,

A los Directores del Master, por su proyecto docente pionero, su capacidad de trabajo, su ilusión y búsqueda de la excelencia.

A todos los compañeros del Master, por el debate, las reflexiones y las risas.

A mi tutora Dra. D^a Susana Granado de la Orden, por su generosidad y paciencia.

A mi familia por su paciencia y ánimo, a mis hijos que me recuerdan cada día la perspectiva de los jóvenes.

A mis compañeros médicos, que buscan cada día la excelencia en la atención a sus pacientes.

A los niños, menores y jóvenes que confían en este Hospital Infantil, y a sus familias.

1. Introducción

La dignidad de las personas y el derecho de los pacientes a tomar las decisiones que les afectan en el ámbito de la salud están, básicamente, aceptados, pero ¿qué ocurre si los pacientes son niños y adolescentes?, ¿cuándo y cómo se debe informar a un menor o adolescente, de su enfermedad, de su evolución y de las opciones de tratamiento?, ¿qué información debe mantenerse confidencial sobre un menor o adolescente ante sus padres? (1) ¿en qué consiste la doctrina del *menor maduro*? (2) ¿sabemos qué piensan los médicos de la participación de los menores en la toma de decisiones sanitarias?, ¿deben ser iguales los consentimientos informados en el menor y adolescente?

La respuesta a estas y otras cuestiones precisan, como apunta I. Riaño, un proceso de deliberación que permita tomar las decisiones prudentes, que no ciertas ni exclusivas.

Los datos del Padrón continuo del Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid, indican que el *índice de juventud* en esta Comunidad, entendido como el porcentaje de población menor de 20 años en relación a los de 60 y más, ha disminuido, desde el año 1998 al 2007, un 12,2% en mujeres y 21,9% en hombres. La población total por edad, en menores de 16 años ha pasado del 15 al 16% desde el 2004 al 2007, disminuyendo la de 16 a 19 años, que paso del 4,3% al 3,9%.

La mortalidad infantil en la Comunidad de Madrid, durante el año 2006, según este mismo organismo, fue de 69 fallecimientos de 1 a 14 años, en

valor absoluto, y de 77 fallecimientos de 15 a 19 años, lo que da un total absoluto de 146 muertes, suponiendo el 0,37% del total. La mayoría de los fallecimientos de los adolescentes están producidos por accidentes y violencia, le siguen los tumores y las neoplasias, y las enfermedades del aparato circulatorio.

Los problemas de salud de nuestros adolescentes son consecuencia de su desarrollo biológico (escoliosis, acné, dismenorreas, anemias...), de su desarrollo social (conductas de riesgo), de las enfermedades infecciosas, de las patologías propias del adulto que pueden ser detectadas de forma asintomática durante esta etapa (hipertensión, hiperlipemia, obesidad, diabetes), y de las enfermedades crónicas de las cuales hace años, los niños morían antes de llegar a la adolescencia (fibrosis quística pulmonar, cardiopatías congénitas, leucosis, cáncer) (3).

El consentimiento informado se define por la Ley 41/2002, como: «*La conformidad, libre, voluntaria y consciente de un paciente manifestado en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*».

La relación médico-paciente ha experimentado cambios profundos, pasando del modelo paternalista, en el que el médico informa al paciente con criterio unidireccional, actuando como tutor y promoviendo el bienestar del paciente independientemente de sus preferencias, a una relación determinada por el principio de autonomía del paciente. Este modelo se desvanece cuando aparece la autonomía, y el consentimiento informado (CI) es la forma de denominar el eje sobre el que gira la nueva relación clínica, aquella en la que se ha abandonado la imposición paternalista y se ha optado por el respeto a la voluntad del paciente; asienta sobre un proceso comunicativo y deliberativo entre profesional sanitario y paciente capaz, en el curso del cual se toman decisiones conjuntas para abordar un problema de salud (4).

El término autonomía, es básico y aparecerá de forma transversal en distintos momentos en este contexto.

Para situarnos en el entorno, que permita el debate y la búsqueda de posibles soluciones, a las preguntas planteadas revisaremos brevemente:

- Las diferencias formales y de contenido de la Ética y el Derecho.
- La Adolescencia como proceso del desarrollo, que debe lograr la autonomía individual.
- La madurez y la Doctrina del Menor Maduro.

1. Ética y derecho

La Ética y el Derecho son sistemas generales normativos, en cualquier sociedad, muy relacionados entre sí. La ética no se puede reducir al derecho, aunque sea muy habitual realizar planteamientos jurídicos sobre los problemas éticos. El contenido normativo de ambos no se enuncia, ni se exige de la misma manera, pero tampoco se anulan entre sí.

La *ética* trata de introducir el *mundo de los valores*, regulando la *libertad interna* y generando una responsabilidad moral; el *derecho* se ocupa del *cumplimiento estricto de normas*, regula la *libertad externa* y genera responsabilidad jurídica exigible de forma obligada. En el ámbito penal esta responsabilidad es personal y está en el nivel de una *ética de mínimos*, universal. Lo moral y privado, lo relacionado con los valores, no se puede exigir, sólo promover porque está en el ámbito de una *ética de máximos*.

2. La adolescencia como proceso de desarrollo para lograr la autonomía individual

La adolescencia es un proceso dinámico y tiene la finalidad de lograr la autonomía individual y el establecimiento de la identidad adulta, se acompaña de cambios físicos, psicológicos y sociales.

Según la Academia Americana de Pediatría, se puede esquematizar la adolescencia, en tres etapas que pueden solaparse:

- **Primera Adolescencia:** abarca desde los 10 a los 13 años, está caracterizada fundamentalmente por los cambios puberales y el crecimiento rápido.
- **Adolescencia Media:** entre los 14 y 17 años, caracterizada sobre todo por conflictos familiares, debido a la importancia que adquiere el grupo. Es en esta época cuando pueden iniciarse con más probabilidad las conductas de riesgo (resistencia) (5).
- **Adolescencia Tardía:** Edad aproximada de los 18 a 21 años, caracterizada por asumir las tareas y responsabilidades de la madurez.

Durante este período se alcanza el crecimiento y desarrollo físico, se toma conciencia de la imagen corporal, se establecen y consolidan, las relaciones con los amigos, se adoptan estilos de vida y se establecen los valores personales (3).

El abordaje integral de los adolescentes, requiere el desarrollo de programas desde una perspectiva multidisciplinar e interdisciplinar (6 y 7).

3. La madurez

Realizaremos una aproximación, a los conceptos de madurez, cómo se evalúa y por quién debe realizarse.

La adquisición de la madurez siempre es un proceso evolutivo y no puntual. La evolución en la comprensión de la capacidad moral de los niños nos lleva a la consideración ética del «menor maduro», es necesario el reconocimiento de determinados derechos en su autodeterminación, en función del nivel de madurez observado.

Tener madurez implica tener capacidad formal para juzgar y valorar situaciones concretas, poseer inteligencia y voluntad suficientes para realizar válidamente un acto concreto o ejercitar un derecho, y tener aptitud psicológica para ejercer la autonomía personal, expresando, defendiendo, y tomando decisiones coherentes con la propia escala de valores.

4. La madurez moral: de la heteronomía a la autonomía

Algunos psicólogos, como Jean Piaget y Kohlberg (8), han interpretado la conciencia moral como la capacidad de formular juicios sobre lo justo y lo injusto, y han estudiado cómo evoluciona y se desarrolla esta capacidad y su correlación con la edad cronológica. La teoría de Kohlberg se basa en la idea kantiana de que la madurez moral es un proceso que comienza con la **heteronomía moral** y culmina con la **autonomía moral** y se expresa en una estructura teórica de tres niveles que expresa tres situaciones posibles en la adquisición de la autonomía moral. Son los siguientes:

- *Nivel I. Preconvencional (7-12 años)*

Comprende dos estadios:

- Estadio 1. Moralidad heterónoma
- Estadio 2. Moralidad individualista, instrumental.

En este nivel, la persona tiene por justo lo que satisface sus intereses. Se respetan las normas solo por las consecuencias que pueda acarrear vulnerarlas (castigo o ausencia de premio). Estas son las persona más inmaduras, pues se dejan llevar por sus **impulsos** egoístas, por lo que no son autónomas, sino **heterónomas** (del griego *heteros*, «otro», y *nomos*, «ley», «norma», es decir, aquellas personas que siguen la norma de otro y no la suya propia). Suelen entender que es «justo» aquello que les conviene.

Siguiendo a este autor el nivel preconventional es el propio del 80% de los niños hasta los 10-12 años.

- *Nivel II. Convencional (12 años-adulto)*

Comprende dos estadios:

- Estadio 3. Moralidad de la normativa interpersonal.
- Estadio 4. Moralidad del sistema social.

En los estadios 3 y 4, la persona considera justo lo que concuerda con las leyes propias de su sociedad. En este nivel, la persona se siente miembro de una comunidad, cuyas normas, reglas y principios reconoce y admite. De este modo encuentran justificados ciertos comportamientos discriminatorios que desde el nivel siguiente no serían aceptables. Estas personas siguen siendo bastante heterónomas, porque aunque controlan sus impulsos egoístas, lo hacen para adaptarse a las **normas** de su sociedad. Consideran que es «justo» lo que es «normal» en su sociedad. El nivel convencional es el más frecuente entre los adultos.

- *Nivel III. Postconvencional o de principios (algunos adultos)*

Comprende los estadios 5 y 6:

- Estadio 5. Moralidad de los derechos humanos y de bienestar social
- Estadio 6. Moralidad de principios éticos universales, universalizables, reversibles y prescriptivos

En el **nivel postconvencional**, las personas distinguen entre las normas de su sociedad y los principios morales universales. Son personas **autónomas** (del griego *autos*, «uno mismo», y *nomos*, «ley», «norma») y su comportamiento se rige por los **principios** que su propia **conciencia** reconoce como universalmente vinculantes. Lo justo se define por la decisión razonable y bien meditada, adoptando la perspectiva del respeto por la igual dignidad de todos lo seres humanos y superando cualquier discriminación que se encontrase aceptable en el nivel previo. Estas personas se sienten miembros de la humanidad, de modo que la justicia particular es inseparable de la **solidaridad global**. Es el caso de los defensores de ciertos derechos, que actúan por el convencimiento de la universalidad de los mismos. La autonomía representa, pues, el máximo grado de madurez moral.

La fase postconvencional la alcanza un número reducido de personas y en edades más bien tardías y parece determinada por el entorno y la experiencia, distinguiendo las normas sociales de los principios universales, pasando realmente de la heteronomía a la autonomía.

Cada nivel en sus estadios, representa estructuras sociomorales diferenciadas. Los estadios son epigenéticos, es decir que cada uno tiene una integración jerárquica y más diferenciada del estadio anterior (9).

La teoría de Kohlberg ha sido completada con las aportaciones de su discípula Carol Gilligan. Esta ha demostrado que, además de progresar en los valores de justicia, la persona moralmente madura ha de progresar también en los valores del **cuidado**. Esto significa que la madurez moral no es solo cuestión de alcanzar la «imparcialidad» desde el punto de vista universalista, sino también de desarrollar un sentido de la **compasión** y de la **responsabilidad** por quienes necesitan ayuda, empezando por los más cercanos.

Los estudios de Psicología del Desarrollo demuestran que, la mayor parte de los adolescentes alcanzan su madurez moral entre los 13 y 15 años (10).

5. Valoración de la madurez

La valoración clínica de la capacidad es una tarea compleja que requiere como premisa, tener en cuenta la tarea específica para la que se evalúa. Una aplicación no adecuada de los criterios puede ser maleficiente, si generase un daño físico o moral ya sea porque incapacitemos por excedernos o porque diéramos por válido la decisión de alguien sin capacidad (11).

Hasta ahora no hay ninguna escala específica ni validada en nuestra población para medir la madurez de un menor, sólo adaptaciones de los guiones de evaluación de la capacidad, dirigidos a adultos, como el AID to capacity evaluation (ACE) (12), la más utilizada en Canadá o el Mc-CAT-T en EE.UU., ambas entrevistas semiestructuradas, de evaluación cualitativa y numérica respectivamente (13).

Según Órgando Díaz y García Pérez (14), el grado de capacidad dependerá del tipo de decisión y de sus consecuencias, además podrá tener cambios en el tiempo.

Para estos autores una herramienta adecuada es la escala móvil de capacidad de Drane, en ella las respuestas se evalúan, en tres niveles:

- Nivel I: se requiere un grado de capacidad BAJO, que puede aplicarse en decisiones que requieren

consentimiento para procedimientos con riesgo/beneficio favorable, o rechazo de procedimientos con riesgo/beneficio desfavorable.

- Nivel II: el grado de capacidad necesario es INTERMEDIO, para aplicar en decisiones, de consentimiento o rechazo de procedimientos con riesgo/beneficio indeterminado.
- Nivel III: el grado de capacidad necesario es ALTO, y se utilizaría en procedimientos riesgo/beneficio desfavorable, o el rechazo de procedimientos con riesgo/beneficio desfavorable.

Esta escala, permite sopesar el nivel de capacidad que se requiere, en función de los riesgos y beneficios de cada decisión (11).

6. ¿Por quién se valora?

De acuerdo al contenido de la Ley 41/2002, es el médico responsable, el que debe valorar, el nivel de madurez del menor, en la toma de decisiones que afectan a su salud, comprobando que son expresión de su autonomía, que entiende la información, las consecuencias de las distintas alternativas, y opta por una decisión que es coherente con sus valores (15).

Para M.^a del Pino, es importante distinguir entre autonomía y capacidad, el respeto a la autonomía del paciente, exige además de evaluar la capacidad, que disponga de la información adecuada, y asegurarnos que actúe de forma voluntaria. La capacidad representa para esta autora el lado funcional de la autonomía.¹¹

El médico responsable, no debe juzgar el contenido, ni la proximidad o no, a su sistema de valores, pues podría considerar equivocadamente inmaduro a todo el que piensa o tiene valores diferentes (16).

1.1. Doctrina del menor maduro

La mayoría de los adolescentes parece que alcanza su madurez moral, en la fase convencional, entre los 13 y los 15 años, esto implica, interiorizar normas y distanciarse de las demandas externas a favor de las internas. Este es el dato fundamental en que se sustenta la doctrina del menor maduro (179).

La doctrina del menor maduro, se basa en el respeto a los derechos de la personalidad y otros derechos civiles que pueden ser ejercidos por el individuo, desde el momento en que el individuo es capaz de ejercerlos, con independencia de que tenga la mayoría de edad legal, lo que frecuentemente sucede mucho antes de los 18 años (1) y pone de mani-

fiesto que la madurez moral es distinta de la capacidad jurídica.

Esto ha llevado a establecer que un menor con 12 años puede disfrutar desde que tiene psiquismo y madurez para ello sus propios derechos humanos cuando aparecen, que son subjetivos, «personalísimos» (son los derechos básicos, inherentes a todo ser humano, por el mero hecho de serlo) (18) y que la ley los reconoce, no los crea; entre estos derechos se encuentran el derecho a la salud y el derecho al ejercicio y uso de la sexualidad.

1. Relacion de principios inspiradores

Desde principios del siglo xx, existen una serie de principios inspiradores, códigos y declaraciones, en distintos organismos, para sensibilizar en la mejora de la atención y protección a los menores, por los distintos países:

- 1920 se constituye en Ginebra la Unión Internacional de Socorro a los niños.
- 1947, la ONU, crea la UNICEF (Fondo Internacional de la Naciones Unidas para la Infancia).
- 1959, La ONU proclama en los diez derechos fundamentales del niño hospitalizado (Ginebra, 1959) (19).
- 1964. Declaración de HELSINKI, explícita, en distintos apartados que en toda investigación, el individuo debe recibir la información adecuada. En el caso de menores de edad, se debe obtener el consentimiento, de acuerdo a las disposiciones de la Ley vigente. En el caso de que los métodos preventivos, diagnósticos y terapéuticos, han sido ineficaces «el médico, con el consentimiento informado del paciente, puede permitirse usar procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos nuevos o no probados, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento (apartado 32.C)» (20).
- 1979. Se celebra el Año Internacional del Niño.
- 1984. En la 36 Asamblea Médica Mundial, Singapur, Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el maltrato y abandono del Niño.
- 1986, Carta Europea de los Niños Hospitalizados (DOCE del 13 de mayo de 1986) (21).
- 1989, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989): en su artículo 16, reconoce el derecho del niño a «no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni ataques a su honra o reputación». Contempla, sobre lo aprobado en

1959, asuntos como: maltrato, explotación laboral, abuso sexual o pornografía (19).

- 1998. Declaración de Ottawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica (23).
- 2000. Coloquio Internacional de Bioética y Derechos del Niño en Mónaco (Declaración de Mónaco) (24).

2. Marco legislativo

Repasaremos, los principios legislativos aplicables en nuestro entorno, redactado en leyes:

- **Constitución Española, 1978:** en su artículo 20.4 determina «la protección de la juventud y la infancia», y establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (art. 39.4) (25).
- **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,** art. 18.5: «...programas de atención a grupos de población de mayor riesgo...» (26).
- **Ley de Protección del Menor, 1996,** que afirma «el reconocimiento pleno de los menores de edad como sujetos de derechos, con capacidad progresiva para ejercerlos», reconociendo entre otros, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.4), el derecho a la información (art.5), a la libertad ideológica (art.6), el derecho a ser oído (art.9). Para garante de estos, contempla «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, se interpretarán de forma restrictiva» la carga de la prueba la debe aportar aquel que se sitúe en contra del ejercicio de estos derechos por el menor. Introduce el concepto de «desarrollo evolutivo en el ejercicio de sus derechos» (27).
- **Convenio de Oviedo, 1997,** vigente en España desde el año 2000, destaca el derecho a la información, consentimiento informado y la confidencialidad de la información, relativa a la salud de las personas, contempla la figura del menor, y explícita que «la opinión del menor será tomada en consideración, como un factor que será tanto más determinante, en función de su edad y grado de madurez» (art. 62) (28).
- **Código Civil, 1998,** establece excepciones en la representación legal de menores no emancipados (art.162), por parte de los padres que ostentan la patria potestad: «1. los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». «2. Aquellos en que

exista conflictos de interés entre padres y el hijo».

El menor maduro, no necesita representación legal para ejercer los Derechos de la Personalidad (derecho a la salud y a la sexualidad) (29).

- **Código de Ética y Deontología Médica de 1999.** Artículo 8.1: «En el ejercicio de su profesión el médico respetará las convicciones de sus pacientes y se abstendrá de imponerles las propias» (16).
- **Ley 41/2002, de 14 de noviembre,** Básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (15). Su articulado viene a desarrollar distintos aspectos del proceso de información y consentimiento Informado, paradigma de un nuevo modelo de relación clínica, mejorando la calidad de la asistencia (30).

En síntesis diremos que, La Ley 41/2002 art. 9, especifica que: «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene 12 años cumplidos». No cabe el consentimiento por representación si se trata de «menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos». Sin embargo, la ley indica (art. 9.3) que en ese rango de edad (16-18): «en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente».

Estamos pues, ante la NUEVA MAYORÍA DE EDAD SANITARIA, salvo para tres supuestos concretos:

- La interrupción voluntaria del embarazo.
- La práctica de ensayos clínicos.
- La práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

En ellos se aplica la mayoría de edad civil, es decir los 18 años, fecha en la que se extingue la «patria potestad» o tutela de los progenitores.

Por lo tanto, podemos decir que:

- Frente a las teorías clásicas del menor siempre incapaz, las tendencias actuales son a valorar la madurez en relación con la capacidad independientemente de la edad; el marco legal de nuestro país incide en esta línea, en que la opinión del menor será tomada en consideración de forma tanto más determinante en función de la edad y el grado de madurez.

- La ley intenta respetar siempre la autonomía, y sitúa la carga de la prueba del lado de quien quiere ir en contra de alguno de sus derechos, o sea, hay que demostrar la inmadurez, mientras en general se presupone la madurez, entre los 12 y los 16 años.
- La incapacidad legal, es potestad y responsabilidad de los jueces.

3. Justificación

El respeto a la dignidad de la persona, su intimidad y autonomía deben orientar toda actividad sanitaria.

Cualquier actuación en el ámbito de la salud, requiere el previo consentimiento del paciente y es obligado conocer el marco de referencia legal.

La deliberación, sobre los **valores** relevantes para una organización sanitaria y de su aplicación a todos los procesos (clínicos y de gestión) en orden a convertirla en una institución de excelencia, debe estar en el epicentro de la actividad directiva. El compromiso institucional con los derechos de los pacientes, es tácito en cada uno de los objetivos institucionales y de forma explícita en los programas de calidad.

En el centro de la organización, debe situarse el paciente, como núcleo a partir del que se organizan los procesos asistenciales y organizativos.

Desde este enfoque, reflexionaremos, desde una doble perspectiva: la Dirección Médica y el Médico Responsable del paciente.

Es competencia **directiva** diseñar métodos para el análisis de los problemas demandados o detectados, que seguro facilitarán la toma de decisiones adecuadas, y la mejora de la calidad asistencial.

En las relaciones clínicas, que se establecen en las instituciones sanitarias, los pacientes esperan de nosotros una actitud benéfica, respetando su capacidad de autonomía, las limitaciones están marcadas por la no maleficencia y la justicia.

El respeto a la dignidad de la persona, su intimidad y autonomía, deben orientar toda actividad sanitaria.

No podemos obviar que toda actuación en el ámbito de la salud requiere el previo consentimiento del paciente y es obligado conocer el marco de referencia legal. Esta nueva relación con el paciente, basada en sus derechos, está regulada en la Ley 41/2002 de 14 noviembre (LAP).

El derecho a la información y a la intimidad es inherente al principio de autonomía, y toda limitación debe interpretarse restrictivamente, es decir, intentando respetar siempre dicha autonomía.

En caso de conflicto entre ambos progenitores, o entre padres e hijos, debe buscarse la solución siempre en interés del menor. En cualquier caso, ningún menor independientemente de su edad y grado de capacidad, puede ser obligado a participar activamente en un proceso de toma de decisiones.

Debemos ser capaces desde la Dirección, de facilitar el encuentro entre los pacientes, los médicos y los padres, en las distintas situaciones jurídicas en que estos se encuentren. La patria potestad debe ser ejercida en sintonía, si no existe y es necesario tomar una decisión, que por su capacidad no puede tomar el menor, le corresponderá al juez, en interés de éste (32).

Parece esencial la evaluación de los conocimientos éticos y legales de los profesionales médicos, en relación con el adolescente, para poder realizar un plan de intervención (30).

Desde la *perspectiva del médico*, el problema que se plantea habitualmente y al que tiene que enfrentarse el pediatra, es el valorar la maduración moral de los pacientes así como su aplicación en la toma de decisiones sanitarias (18). La ley establece que el médico responsable del caso debe ser quien valore la capacidad, quedando a criterio suyo la posibilidad de informar a los padres en los casos graves.

Dedicamos una especial revisión a la entrevista clínica, con los menores y/o adolescentes, que según los expertos en pediatría, debe basarse en los principios éticos universales de autonomía (reconociendo su capacidad para tomar decisiones sobre su vida de forma racional), beneficencia (reconocer qué es lo mejor para sus intereses sin imponer los criterios de otros), y justicia distributiva

Los problemas que plantean los clínicos en su relación con el menor maduro, siguiendo a Diego Gracia (2), se refieren a determinar su grado de madurez, y por tanto definir su desarrollo moral, aunque no tenga la mayoría de edad jurídica y a valorar si puede tomar decisiones que redunden en perjuicio suyo, y si esa madurez es similar a la que se necesita para las decisiones que no le generan perjuicio sino sólo beneficio.

Este autor realiza una serie de recomendaciones para conducir la entrevista clínica con el adolescente, que pasan por mantener un ambiente de privacidad, interés, crear un clima de conversación y confianza, que le facilite expresarse sobre temas delicados. Debe iniciarse con preguntas abiertas y luego, ir enfocando a preguntas más directas, si es necesario; en caso necesario, se puede mostrar una postura crítica ante una actitud del adolescente, pero debe evitar que dicha crítica alcance al mismo como individuo.

Podríamos resumir que la metodología para abordar, la entrevista debe contemplar:

- a) La información que debemos facilitar, las posibilidades y alternativas, (comprobar que las entiende), la asunción de responsabilidad de su toma de decisión (su voluntad, compromiso y participación activa en el proceso).
- b) La exploración referida a una entrevista dinámica, a un proceso de participación, como entiende lo que ocurre, como lo vive, madurez y grado de entendimiento, su motivación para seguir, respaldo de los padres y su apoyo muy importante para su implicación (32 y 33).

Para otros autores (34), los problemas que se suscitan a los médicos para la toma de decisiones, se basan en:

1. Definir los criterios, estándares y protocolos de evaluación de la capacidad que deben usarse.
2. El grado de influencia que tiene, en la evaluación de la capacidad, el tipo de decisiones clínicas implicadas
3. Las responsabilidades éticas y jurídicas de los profesionales sanitarios —médicos y enfermeras— respecto a la evaluación de la capacidad de sus pacientes
4. Las implicaciones éticas y jurídicas que tiene la consideración de un paciente como capaz o como incapaz de tomar una decisión sanitaria.
5. La implicación de la familia en la evaluación de la capacidad. Esto modifica el entorno habitual médico-paciente incorporando a los padres y/o tutores si es necesario.

Por tanto, en torno a las distintas cuestiones, sobre las que debe decidir el menor, debemos analizar las circunstancias y consecuencias, en una situación concreta, que permita identificar las acciones posibles, eligiendo aquella que parezca más coherente y razonable (lo más prudente).

En esta etapa de la vida, los problemas éticos surgen en la relación triangular entre profesional sanitario, padres y adolescente respecto a la madurez, el derecho a la información, el ejercicio de la autonomía, el saber cuándo debemos contar con los padres o tutores y cuándo respetar el derecho a la autonomía del paciente, en este caso menor de edad.

La confidencialidad aumenta la posibilidad de que los adolescentes expongan con libertad sus preocupaciones en problemas de salud y el médico debe valorar cuidadosamente la situación, para no colisionar, como advierte Zamarrigo (35), con un bien jurídicamente protegido como es la patria potestad. En muchos casos será prudente buscar el apoyo y la colaboración de la familia, la mayoría de las veces

después de haber llegado a ello con el acuerdo del propio adolescente.

El arma de la ética es la persuasión: argumentar sin coaccionar, actuar de forma beneficiante con el paciente, sea de la edad que sea, respetando su autonomía (36).

De acuerdo con M. de los Reyes López, asumir una responsabilidad ética supone respeto a los principios éticos que rigen el ejercicio de la profesión médica. Es previa y superior a la responsabilidad jurídica, (legalidad) y debe orientarse hacia la excelencia (37).

Los profesionales sanitarios implicados en la atención al adolescente deben estar interesados en la dimensión ética, inherente a la relación médico-adolescente, ya que está basada en la mutua confianza que se extrae del consentimiento de ambas partes para la realización de un acto médico. Deben tener presente que los adolescentes tienen unos derechos, según su edad y grado de madurez, que condicionan su autonomía.

El médico que atiende a menores y adolescentes, debe salvaguardar y proteger los derechos de los menores, y actuar siempre en su beneficio; en este sentido, sin ser juristas, debe conocer el escenario mínimo normativo, y las leyes que ofrecen un marco de referencia.

4. El Hospital Infantil del HGUGM

El hospital infantil del HGUGM es un centro sanitario dependiente del Servicio Madrileño de Salud, y tiene como *misión* la Atención Especializada Pediátrica y sus Áreas Específicas, así como Cirugía Pediátrica y todas las especialidades Quirúrgicas en la perspectiva Infantil, de su área sanitaria, y es referencia en la Comunidad de Madrid para determinadas patologías, y referencia Nacional para el Trasplante Cardíaco Infantil.

Está dotado con 190 camas pediátricas, de las que cincuenta son de Neonatología (16 de Unidad Intensiva Neonatal), 11 de Intensivos Pediátricos médico-quirúrgicos, y el resto de hospitalización convencional pediátrica. Dispone de cinco Hospitales de Día: Médico, Quirúrgico, así como los de Nefrología, Endocrinología y Oncohematología. Cuenta con cuatro quirófanos de actividad programada y uno de urgencias.

5. Datos de actividad y casuística

En el año 2008, el Hospital Infantil del HGUGM, atendió un total de 65.598 urgencias, con un por-

centaje de ingresos del 6,97% (4.569). Realizó 3.712 intervenciones quirúrgicas y más de 90.000 consultas. Ha tenido 6.868 altas directas, excluidas las altas por traslado y los exitus. La estancia media fue de 5,01 días con un porcentaje de ocupación del 70,93% y una tasa de mortalidad global del 0,75%.

Las altas, se han distribuido en los siguientes tramos dentro del grupo de menores y/o adolescentes:

Grupos	Altas	%
<10 años:	5.522	80,4
entre 10-13 años	523	7,6
entre 14-16 años	644	9,4
≥17 años	179	2,6
Total	6.868	100,0

La casuística se agrupa, acorde con la complejidad de los pacientes atendidos en un hospital de nivel III, que realiza un elevado número de consultas de alta resolución, así como de procedimientos ambulantes en sus hospitales de día, y de cirugía sin hospitalización.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general

El objetivo del estudio, es conocer y evaluar el grado de cumplimiento de la normativa en la toma de las decisiones sanitarias, en el menor maduro ingresado, en una institución sanitaria pública, y realizar un plan de intervención, que facilite la participación del menor en la toma de decisiones que afecten a su salud.

2.2. Objetivos específicos

- Evaluar el grado de implicación del menor en la toma de decisiones sanitarias que le afectan y en las actuaciones asistenciales que se realizan durante su estancia en el hospital.
- Evaluar el nivel de conocimiento de los médicos sobre los derechos del menor en la toma de decisiones clínicas.
- Elaborar un plan de formación, dirigido a los profesionales, específico en la doctrina del menor maduro y en la participación del mismo en la toma de las decisiones sanitarias.

- Diseñar y elaborar consentimientos informados adaptados a la doctrina del menor maduro.

3. Material y método

Para responder a los objetivos señalados el estudio se realizará en dos fases: una primera fase de revisión de los consentimientos informados en las altas directas emitidas en el Hospital Infantil del Hospital General Universitario Gregorio Marañón del año 2008 y una segunda fase mediante encuesta a los médicos pediatras y cirujanos que atienden a los niños objeto del estudio, según se detalla a continuación.

3.1. Primera fase. Revisión de los consentimientos informados

1. Diseño

Se pretende realizar un estudio observacional descriptivo mediante la revisión de los consentimientos informados dentro de las historias clínicas de los pacientes dados de alta en el Hospital Infantil del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el año 2008.

2. Período de estudio

El período de estudio comprenderá desde enero a diciembre de 2008.

3. Ámbito de estudio

Hospital Infantil del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

4. Población de estudio y muestra

La población de estudio está constituida por los pacientes con edad superior a 10 años, ingresados en el Hospital Infantil del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, dados de alta durante el año 2008. Se excluyeron las altas por traslado y los exitus.

Se realizará el cálculo del tamaño muestral considerando como población de referencia la señalada anteriormente. Al desconocerse el porcentaje esperado de consentimientos informados en los que consta la información al menor, se sitúa este porcen-

taje en el 50%, con una precisión del 5% para un nivel de confianza del 95%.

La muestra se seleccionará mediante muestreo estratificado por los siguientes grupos de edad:

- Niños con edad comprendida entre 10-13 años.
- Niños con edad comprendida entre 14-16 años.
- Niños con edad comprendida entre ≥ 17 años.

5. Variables de estudio

Las variables que se van a recoger (Anexo I), hacen referencia a:

- Fecha de nacimiento.
- Sexo (hombre, mujer)
- Fecha de ingreso.
- Días de estancia.
- Ingresos previos SI/NO y fechas si existieron.
- Motivo del Ingreso: *a)* estudio, diagnóstico y tratamiento; *b)* reagudización de su enfermedad; *c)* intervención quirúrgica, y *d)* prueba diagnóstica.
- Existencia de Consentimiento informado Sí/No, y si este sí \rightarrow es oral o escrito. Si es escrito \rightarrow recoger si es general o específico (con riesgos personalizados).

6. Análisis estadístico

El análisis descriptivo de las variables cuantitativas se realizará mediante el cálculo de la media, desviación típica, mediana y rango intercuartílico. La descripción de las variables categóricas se realizará mediante frecuencias absolutas y porcentajes. La comparación de proporciones se realizará mediante la prueba Chi cuadrado. Se considerará el nivel de significación $p < 0,05$.

3.2. Segunda fase. Encuesta a médicos pediatras y/o cirujanos, que atienden a los pacientes objeto del estudio

1. Diseño

Estudio descriptivo, mediante el envío personalizado, de una encuesta escrita y respuesta anónima, a los médicos del Hospital Infantil. Se realizarán tres envíos de encuesta escrita, con respuesta anónima. Las encuestas se enviarán en sobres personalizados, conteniendo un sobre con la dirección de envío de remisión de respuesta.

2. Período de estudio

Diciembre 2009 a marzo 2010.

3. Ámbito de estudio

Hospital Infantil del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

4. Población de estudio

El total de médicos que trabajan, en el Hospital Infantil, ciento cinco (105), médicos pediatras generales y de todas las áreas específicas (82), y los del área quirúrgica (23).

5. Variables de estudio

El modelo de encuesta, se adjunta en el Anexo II y recogerá:

- Edad (menor de 30 años, entre 30-40, entre 40 y 50, mayor de 50).
- Sexo (hombre, mujer).
- Antigüedad en el hospital (menos de 5 años, entre 5-10 años, entre 10 y 15 años, más de 15 años).
- Especificar si pertenece al área médica o quirúrgica.
- Especialidad: *a)* Pediatría: General o Áreas específicas, y *b)* Cirugía General Pediátrica o las distintas especialidades quirúrgicas.
- Lugar dónde realizó su especialidad: *a)* HGUGM, *b)* otro hospital de la Comunidad, y *c)* otra Comunidad.
- Acerca de como facilita la Información: *a)* al paciente, *b)* familia, y *c)* ambos.
- Quién considera usted que debe evaluar la madurez del menor: *a)* el médico responsable; *b)* el psicólogo; *c)* el trabajador social; y *d)* un abogado.
- Si considera que debe ser él quien evalúa al menor maduro, como médico responsable, cómo evalúa la madurez moral: *a)* utilizando alguna escala (especificar), *b)* por la entrevista clínica, y *c)* otros.
- Tiene conocimiento de la doctrina del menor maduro. SI/NO Si es afirmativo, averiguar si es autodidacta o acudió a algún curso específico.
- ¿Cómo cree que se puede mejorar en relación con este área: con formación, con la creación de un grupo de mejora, otros: describirlos.
- Considera adecuados los Consentimientos Informados, a los menores?. En caso negativo, si considera necesario adaptarlos.

6. Análisis estadístico

El análisis descriptivo de las variables cuantitativas se realizará mediante el cálculo de la media, desviación típica, mediana y rango intercuartílico. La descripción de las variables categóricas se realizará mediante frecuencias absolutas y porcentajes. La comparación de proporciones se realizará mediante la prueba Chi cuadrado. Se considerará el nivel de significación $p < 0,05$.

4. Resultados

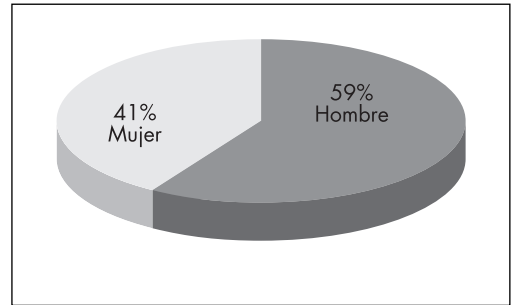
4.1. Primera fase. Revisión de los consentimientos informados en las historias clínicas

Se revisaron 535 Historias Clínicas, que se distribuyen en los siguientes grupos de edad:

- 10-13 años → 222.
- 14-16 años → 233.
- ≥ 17 años → 80.

La distribución por sexos de la muestra estudiada se presenta en el gráfico 1.

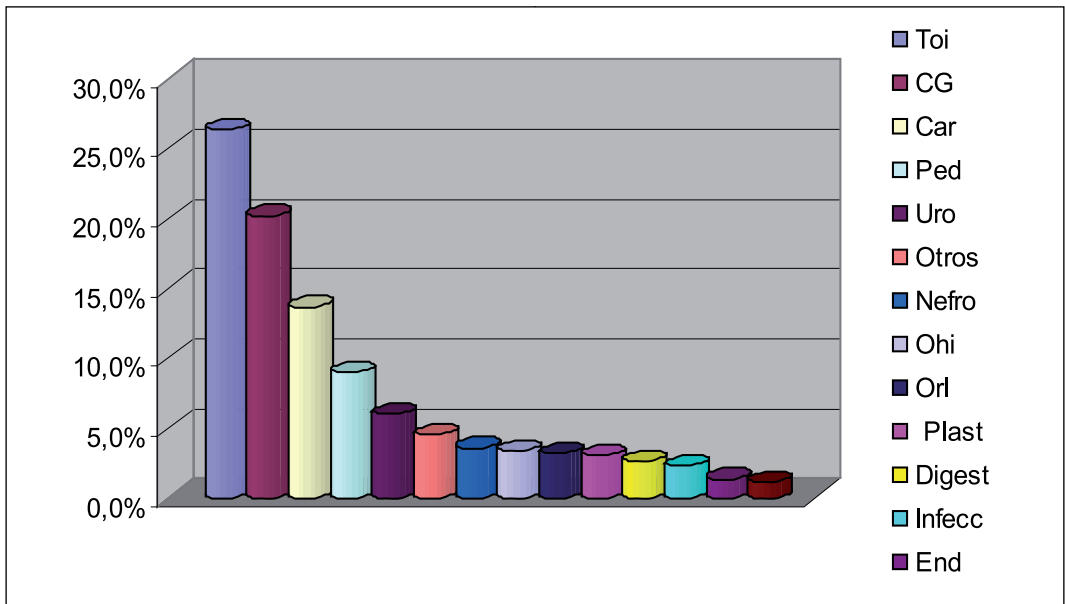
GRÁFICO 1.
Distribución, por sexos, de los pacientes estudiados



En un 58,3% de las historias revisadas, los pacientes habían tenido un ingreso previo. El motivo de ingreso en el 57,2% de los pacientes, fue una intervención quirúrgica. Para el 23,7% el diagnóstico y tratamiento, seguido por la reagudización de su enfermedad (12,9%) y realización de una prueba diagnóstica (6,2%).

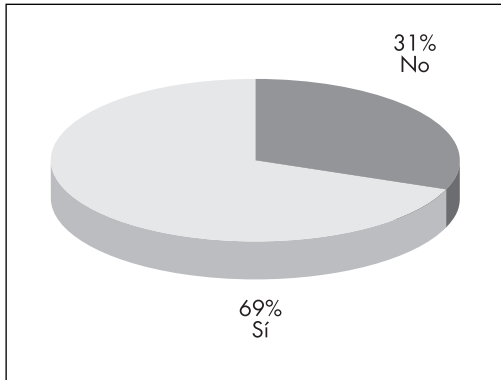
De forma simultánea la distribución de las altas por especialidades se pueden observar en el gráfico 2.

GRÁFICO 2.
Distribución, por especialidades, de las historias revisadas



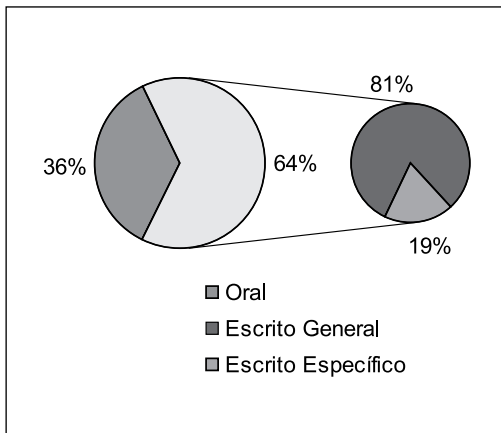
En el 69,2% de las historias revisadas, se constató la existencia de Consentimiento Informado (gráfico 3).

GRÁFICO 3.
Distribución porcentual de consentimiento informado



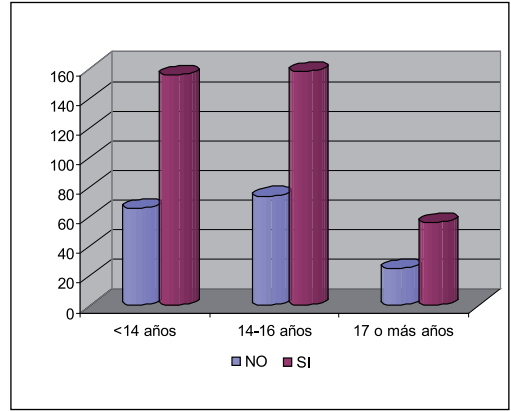
En los casos en que había constancia de Consentimiento Informado, en la historia clínica, este era oral en un 35,9% (por referencias específicas en la Historia), y en el 64% escrito (gráfico 4).

GRÁFICO 4.
Distribución tipo de consentimiento informado



No se encontraron diferencias estadísticamente significativas entre la existencia o no de Consentimiento Informado y la edad del paciente ($p=0,88$).

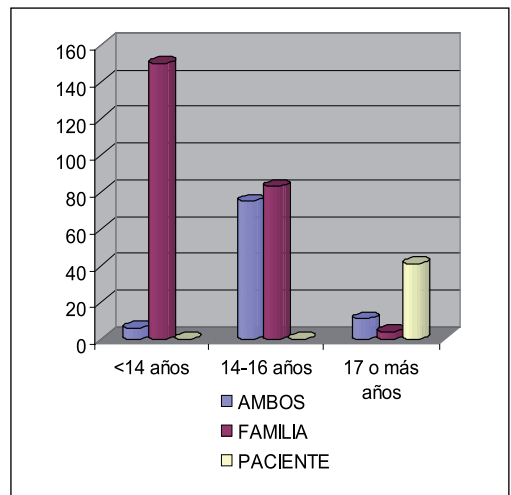
GRÁFICO 5.
Consentimiento informado y edad del paciente



La familia, (considerada como padre, madre, ambos, o tutores legales), son los que más autorizan el procedimiento 64%. El paciente firma el consentimiento en el 11% de los historiales revisados, mientras que en el 25% firman ambos.

Sin embargo al analizar quien firma el CI en función de los grupos de edad establecidos, si encontramos diferencias significativas ($p<0.01$). Podemos observar que en los menores de 14 años firman solo la familia en el 96,2%. En el 47,5% de los pacientes entre 14-16 años firman ambos, mientras que en los pacientes ≥ 17 años firman el CI el 73,2%.

GRÁFICO 6.
Firma de consentimiento informado y grupos de edad del paciente



4.2. Segunda fase. Encuesta a médicos pediatras y/o cirujanos, que atienden a los pacientes objeto del estudio

Se realizó un primer envío de la encuesta el 14 de diciembre de 2009 y los siguientes el 15 de enero y el 2 de febrero respectivamente. Respondieron 72 de los 105 encuestados lo que da una tasa de respuesta del 68,57%, en su mayoría mujeres del área médica (figuras 7 y 8).

GRÁFICO 7.

Distribución, por sexos, de los médicos

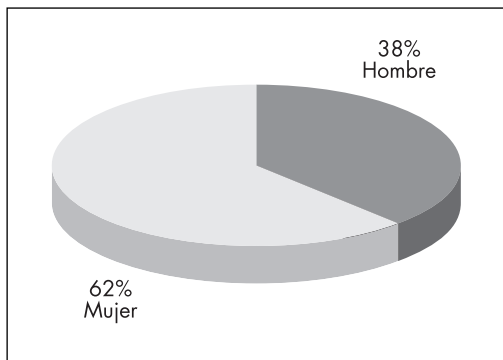
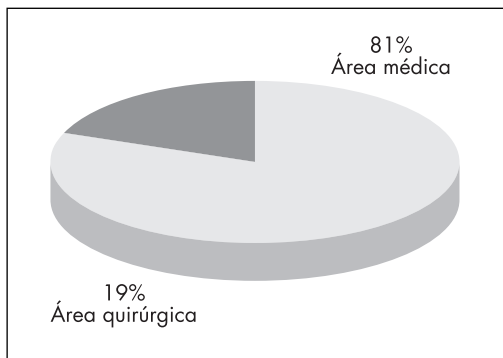


GRÁFICO 8.

Distribución, por área de procedencia de los médicos



La tabla 1 recoge el lugar de realización de la especialidad, mostrando que el 68,1% de los profesionales la habían realizado en el HGUGM. El Hospital de la Paz, ocupa el segundo lugar de dónde proceden los profesionales.

TABLA 1.

Lugar de realización de la especialidad

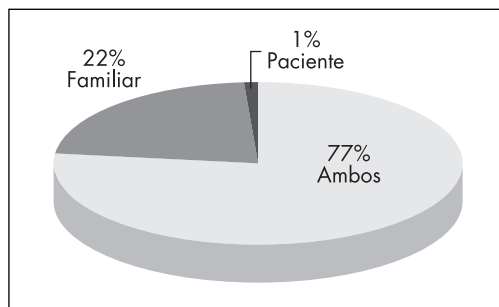
Hospital	Núm.	%
HGUGM	49	68,1
Otro hospital C. Madrid	19	26,4
Otras CC.AA.	4	5,5
Total	72	100

La edad media de los médicos que respondieron a la encuesta era de 45,79 años (DS: 11,8 años) y la antigüedad en el hospital de 15,03 años (DS: 12,6 años).

El 79,2%, evalúa la edad del menor, y en 77% informa a ambos (paciente y familia) (gráfico 9).

GRÁFICO 9.

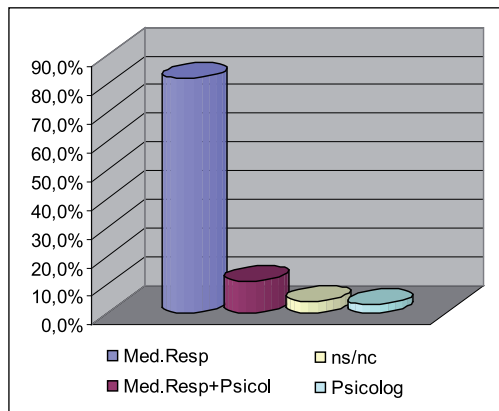
Información sobre a quién facilita información



El 82% de los profesionales encuestados considera que el médico es el que debe evaluar la capacidad del menor. Para un 11,6% el médico debe realizar la evaluación conjuntamente con el psicólogo (gráfico 10).

GRÁFICO 10.

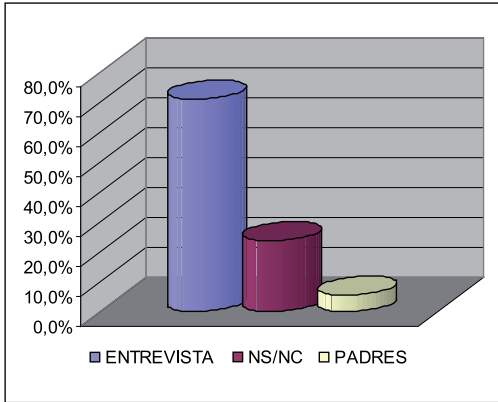
Información sobre quién debe evaluar



A la pregunta de cómo evalúa el grado de madurez, el mayor porcentaje lo realiza a través de entrevista clínica (70%) (gráfico 11).

GRÁFICO 11.

Información sobre cómo debe evaluar



Sólo el 33% afirma conocer la doctrina del menor maduro. Y en el 67% la formación se realizó de forma autodidacta (gráficos 12 y 13).

GRÁFICO 12.

Conocimiento de la doctrina del menor maduro

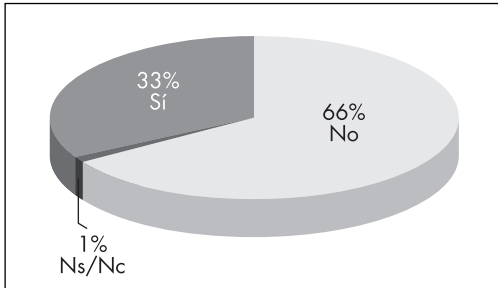
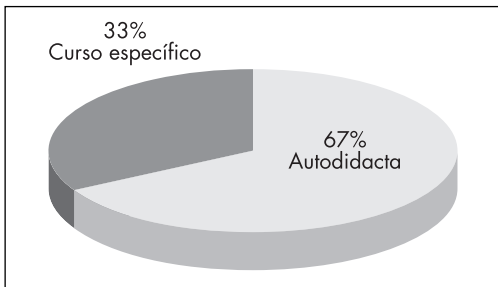


GRÁFICO 13.

Adquisición de conocimientos

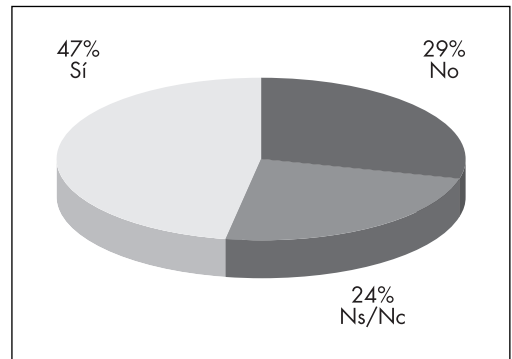


Aunque la diferencia no es estadísticamente significativa, parece que los médicos que proceden de otros hospitales, conocen más la doctrina del menor maduro ($p=0,07$), que los formados en el HGUGM. No se encontraron diferencias significativas de conocimiento de la doctrina del menor maduro entre los médicos del área médica y del área quirúrgica. Aunque no existen diferencias estadísticamente significativas el grupo de médicos que lleva trabajando en el Hospital, entre 5 y 10 años, conoce la doctrina del menor maduro en el 54%, mientras que los que tienen una antigüedad menor de 5 años o mayor de 10 años, lo conocen en un porcentaje inferior.

Para el 47% de los encuestados el modelo de Consentimiento Informado del Hospital es adecuado.

GRÁFICO 14.

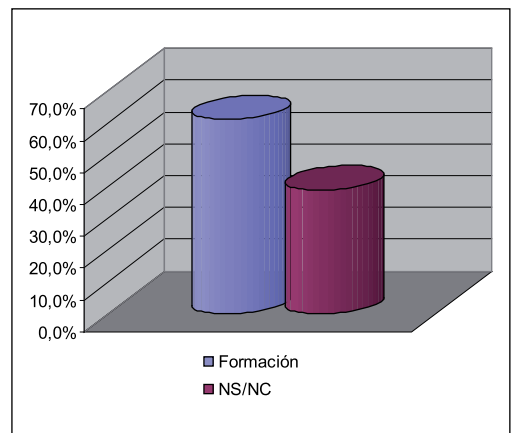
Características de adecuado o no del CI del hospital



Para el 61%, el área de mejora, se encuadra en la formación.

GRÁFICO 15.

Área de mejora



5. Discusión

Trabajando en la Dirección Médica de un hospital, y de forma más concreta en la Subdirección Médica del Hospital Materno-Infantil y realizando este Master, me parecía oportuno elegir un tema de cuya revisión, y conclusiones pudieran incorporarse mejoras en los procesos asistenciales.

El derecho de los pacientes a tomar decisiones en el ámbito de la salud gira sobre un nuevo modelo de relación clínica que asienta sobre un proceso de comunicación y deliberación entre el paciente capaz y el médico, sustentado sobre tres elementos esenciales: información, voluntariedad y capacidad. (Consentimiento Informado, Ley de Autonomía del Paciente 41/2002):

- *¿Pero qué ocurre si los pacientes son niños o adolescentes?*
- *¿Cuándo, cómo y a quién informar?*
- *¿Qué conocimiento existe de la doctrina del menor maduro?*
- *¿Quién evalúa la capacidad del menor?*
- *¿Cómo se evalúa?*
- *¿Qué piensan los médicos de la participación de los menores en la toma de decisiones sanitarias?*

Para empezar compartimos que la adolescencia es un proceso de desarrollo que debe lograr la autonomía individual. Por otro lado la ley delimita el marco jurídico, pero también mantiene el ámbito de la deliberación moral, que permite tomar las decisiones prudentes en cada caso. En cualquier caso debe existir un compromiso institucional, que sumando esfuerzos nos permita avanzar en la doctrina del menor maduro.

Para aportar ideas que ayuden a responder a estas y otras preguntas, planteamos este trabajo desde el ámbito de un hospital infantil, en dos fases: revisión de los Consentimientos informados en una muestra aleatoria de las historias de las altas directas de 2008 en pacientes mayores de 10 años, y evaluación de los conocimientos de la doctrina del menor maduro a través de encuesta a los médicos del área infantil que atienden a los pacientes.

La revisión de las historias se realizó, en una muestra de 535 historias. El motivo más frecuente de ingreso fue por intervención quirúrgica, que encuadra en el perfil de los ingresos programados del hospital (altas más frecuentes de Traumatología y Cirugía Ortopédica y Cirugía General Pediátrica), le sigue el área de Cardiología que engloba pacientes médico-quirúrgicos, o que ingresan para realización de un cateterismo. La revisión de las Historias

del archivo aún, con demasiada documentación escrita, pruebas de laboratorio impresas, a pesar de su almacenaje informatizado, hace el trabajo más lento, a pesar de que cada episodio tenga su carpeta. Pensamos que deberíamos ser más cuidadosos en el archivo de los Consentimientos Informados, en el caso de que se haya informado verbalmente, describirlo más ampliamente y subrayar o llamar la atención como hacemos con resultados de pruebas de laboratorio o de imagen. En el caso de consentimientos escritos, deberíamos habilitar carpetas especiales o en color que permita agrupar los que existan. Hemos encontrado muchos consentimientos generales, (pueden dar la impresión de ser un trámite y pocos específicos, pero también en lenguaje sencillo sobre todos los que se refieren a vías clínicas, que espero abordar en otra ocasión. Aunque en la intranet del Hospital existe un modelo general de consentimiento, no existe de forma automatizada un recuerdo, de si hemos solicitado consentimientos o no, por ejemplo al hacer determinadas pruebas o al incorporar el paciente a la lista de espera quirúrgica, como está en algunos desarrollos de prescripción farmacológica automatizada.

Nos parece que encontrar consentimiento informado en el 69,2% de las historias es un porcentaje que puede y debe mejorarse, así como el porcentaje de consentimientos escritos. Puede que hubiera más y no los encontrásemos, pero esto es lo hallado. De la revisión se desprende que da igual el grupo de edad que revisemos respecto a la existencia o no de consentimiento informado, lo que va más a la actitud del médico en el cuidado del consentimiento, como parte de la documentación imprescindible.

Sin embargo si se encuentran diferencias significativas entre los grupos de edad y quien firma el consentimiento, así mientras que en los menores de catorce años, es la familia la que firma en mayor proporción, en el grupo de catorce a dieciséis años (menor maduro) firman en proporción bastante similar, dejando claro que se informa a ambos o al menos se deja constancia de su participación. En los mayores de diecisiete años, la participación en la toma de decisiones sobre su salud, es evidente.

La encuesta a los médicos, se remitió en tres ocasiones, para facilitar la respuesta y minimizar algún extravío. La mayoría de los profesionales que respondieron se habían formado en el Hospital Gregorio Marañón, y esta situación es un factor de pertenencia a la cultura y valores del Hospital. La edad media dibuja un perfil de médicos con amplia experiencia clínica. En un elevado porcentaje evalúan la edad del menor, a partir de la entrevista clínica, pero no aportamos nada sobre la necesidad de herramientas como

escalas, cuestionario, entrevista estructurada, etc.. que evidencie una metodología contrastada de evaluación de la capacidad. Este tema sería necesario abordarlo, toda vez que tienen claro que es el médico quien debe evaluar la capacidad del menor.

Solo en pequeña proporción afirman conocer la doctrina del menor maduro, y los que se han formado en su mayoría lo hicieron por sí mismos, elemento a considerar desde una dirección a la hora de realizar un plan formativo, y que evidencia que una norma, decreto, ley, que se publica, no necesariamente se conoce, ni se aplica y sería oportuno, desde las direcciones divulgar, informar, formar en su conocimiento para facilitar su cumplimiento.

Aunque no es significativo, los médicos que llevan entre cinco y diez años conoce la doctrina del menor maduro en un porcentaje superior a los que llevan menos de cinco o más de diez, como si teniendo competencia y desempeño clínico, se preocuparan por otros temas no exclusivamente asistenciales.

En este aspecto considero también una reflexión hacia las direcciones médicas, o asistenciales en la planificación de las actividades teniendo presentes los tiempos para informar y deliberar en la relación médico-paciente, que si debe ser siempre cuidadosa en el caso de los menores maduros y jóvenes, es en ocasiones una relación de triangulo, por las responsabilidades y competencias de la familia en función de la edad y de la decisión.

Consideramos que los resultados de este estudio nos han permitido conocer el estado de situación del conocimiento de la doctrina del menor maduro, por los médicos del hospital; además evaluar la adhesión a los contenidos de la ley de autonomía del paciente, en la expresión del consentimiento informado, en nuestro hospital de forma que nos coloque en el punto de partida para implementar actuaciones de mejora.

6. Conclusiones

La doctrina del menor maduro es poco conocida por los médicos.

El porcentaje de Consentimientos Informados encontrados es bajo y se configura como un área de mejora.

Parece esencial la evaluación de los conocimientos éticos y legales de los profesionales médicos, en relación con el niño o adolescente, previo a elaborar un plan de intervención.

Es imprescindible el apoyo institucional a los médicos comprometidos en mejorar la información

a sus pacientes, en evaluar su madurez desarrollando estrategias y herramientas que faciliten el encuentro entre médico, paciente y familia en su caso, y que favorezcan la toma de decisiones prudentes.

Se hace necesario crear un grupo de trabajo que revise y evalúe las escalas existentes, y adaptar un consenso sobre la metodología a seguir para evaluar la madurez del menor.

Es necesario revisar los consentimientos informados, y adaptarlos a la doctrina del menor maduro, en un léxico comprensible.

La formación general y específica, de los médicos en derecho sanitario y bioética, de forma activa y participativa, con exposiciones teóricas y con análisis y resolución de casos, actuará como elemento facilitador de la toma de decisiones sanitarias en los niños y menores maduros.

En definitiva es necesario fomentar desde la Dirección la participación del menor en la toma de decisiones sanitarias, la actitud de escucha y el respeto a su autonomía, y para conseguirlo debe alinear estrategias:

- De sensibilización de todos los estamentos implicados en la atención al paciente y al propio paciente.
- De formación en Ley de Autonomía del Paciente (41/2002) y doctrina del menor maduro.
- De encuentro de profesionales, a través de grupos de mejora, en el Hospital Infantil, para la revisión y adaptación de los Consentimientos Informados, y la búsqueda de consenso sobre las escalas de valoración a utilizar.
- De desarrollo de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), que faciliten la tarea y el cumplimiento del marco legal.
- De desarrollo e implementación de un Plan de Acogida, que asegure a los niños, menores maduros y jóvenes que acuden al Hospital, el respeto a sus derechos, y autonomía.

7. Bibliografía

- (1) Riaño Galán, I. Toma de decisiones en Pediatría. Libro de Ponencias (Zaragoza), 2009.
- (2) Gracia D, Jarabo Y, Martín Espíldora N y Ríos J. Toma de decisiones en el paciente menor de edad. Medicina Clínica. Barcelona 2001.117:179-190.
- (3) Hidalgo Vicario ,MI. Atención Integral al adolescente. Consulta en: http://www.sepea.org/SP_Atención_integral_adolescentepdf2006.
- (4) Curbelo Pérez, D. El Consentimiento Informado en el menor. Revisión a la luz de la nueva normativa. Avances Pediátricos. BSCP. Can Ped. nº 3,339-344.

- (5) De Frutos Gallego, E. Problemas de salud en el adolescente. *Pediatría Integral* 2009,XII(2) 133-143.
- (6) Cornellá, J. Los caminos de la medicina del adolescente. *Revista de Pediatría de At. Primaria*. Vol III, nº12. Oct-Dic 2001.
- (7) Sánchez Artiles, JJ, Ortigosa, L y otros. Salud del adolescente. *BSC Can Ped* 2002,2 nº 2-3.
- (8) Hersh R.H. Paolitto D.P. El crecimiento Moral de Piaget a Kohlberg. *Narcea Ediciones*2002.Madrid. pág 51-56.
- (9) Mora, B. Romo JM. Desarrollo del Juicio Moral en la educación superior. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*.2005.En-Marz vol10,67-92.
- (10) Pérez-Delgado. *Psicología, ética religión*. Madrid: Siglo XXI, 1995.
- (11) Morales Socorro Mº P. La valoración de la capacidad en la toma de decisiones clínicas. *Cuadernos de Bioética* pag 386-442. Sescam.2007.
- (12) Joint Centre for Bioethics. Aid to capacity evaluation (ACE). University of Toronto Joint Centre for Bioethics .Disponible en: www.utoronto.ca/jcb/disclaimers/ace_main.htm.
- (13) Simón Lorda, P. Barrio Cantalejo, I. Como evaluar la capacidad de los pacientes para decidir. *Jano*. Octubre 2009.
- (14) Orgando Díaz, B. García Pérez, C. Consentimiento Informado y capacidad para decidir del menor maduro. *Pediatría Integral* 2007,XI (10).
- (15) Ley 41/2002 de Autonomía del paciente. Básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *BOE*, núm. 274; 15.11.02). Disponible en: www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf.
- (16) Código de Ética y Deontología Médica de 1999.
- (17) Del Pliego Pilo, G. Autonomía del Menor Maduro en su salud reproductiva. *Fundación Index* 2009.
- (18) Sánchez Jacob, M. El menor maduro. *Boletín Pediatría* 2005,156-160.
- (19) ONU. *Derechos fundamentales del niño hospitalizado*, Ginebra, 1959.
- (20) *Declaración de HELSINKI* 1964.
- (21) *Carta Europea de los Niños Hospitalizados*. DOCE del 13 de mayo de 1986.
- (22) *Derechos del niño* convención de las Naciones Unidas .Noviembre de 1989.
- (23) *Declaración de Otawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica*. 1998.
- (24) *Coloquio Internacional de Bioética y Derechos del Niño en Mónaco*. Declaración de Mónaco.2000.
- (25) *Constitución Española*, 1978.
- (26) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,
- (27) Ley Orgánica 1/1996 del 15 enero, de Protección Jurídica del Menor en www.boe.es/boe/dias/1996/01/17/pdfs/A01225-01238.pdf.
- (28) *Convenio de Oviedo*, 1997.
- (29) *Código Civil*, 1998.
- (30) Osuna, E. El Derecho a la Información Sanitaria en la Ley 41/2002. *Cuadernos de Bioética XVII*:2006.
- (31) Siso Martín, J. El médico, el paciente menor y los padres de éste. Un triangulo que debe ser amoroso. *Revista de Pediatría de At.Primaria*.Vol 11 nº 44. Octubre-Diciembre 2009.
- (32) Sánchez Jacoba, M. Riaño Galán, I. Martínez González, C. Evaluación de los conocimientos legales y éticos de los profesionales sanitarios en relación con el adolescente. *Rev Pediatr Aten Primaria*. 2008;10: 443-456.
- (33) Hernández Galilea, JM; Palacios González, MD y otros. El sistema Español de Justicia Juvenil. Tercera Parte: Nociones fundamentales de psicopedagogía forense. *Capítulo I*. Dykinson 2002.
- (34) Simón Lorda, P, Rodríguez Salvador, JJ, Martínez Maroto, A y otros. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones. *Med Clin (Barc)* 2001; 117: 419-426.
- (35) Zamarrigo, JJ. Cuando el paciente dice «no se lo digas a mamá». *Prensa: Diario Médico*. Enero 2009.
- (36) Martínez Glez, C. *Pediatra área 10*. Problemas éticos y legales en la atención al adolescente.
- (37) De los Reyes López, M. Introducción a la Bioética. Metodología para tomar decisiones en Ética clínica* *Pediatría Integral* 2007;XI(10):863-872.
- (38) Romero, F. Javier. *El menor maduro*.2009
- (39) Pérez-Delgado. *Psicología, ética religión*. Madrid: Siglo XXI, 1995.
- (40) Hidalgo Vicario Inés. *Pediatra Medicina Adolescente*. Mañana del adolescente. Curso pediatría Asociación Madrileña de Pediatría de At Primaria. Mañana del Adolescente. Febrero 2006.
- (41) Antequera Vinagre JM. La responsabilidad penal del pediatra en Atención Primaria. *Algunas ideas claves*. *Rev Pediatría. Atención Primaria*.2004;6:113-119.
- (42) Pérez-Cárceles M, Osuna E, Luna A. Informed consent of the minor. Implications of present day Spanish law. *J Med Ethics*. 2002; 28:326. Disponible en: jme.bmjournals.com/cgi/reprint/28/5/326

8. Anexos

Anexo 1. Variables de estudio. Revisión de las historias clínicas

REVISIÓN DE LAS HISTORIAS CLÍNICAS														
RECOGIDA DE DATOS														
<p>P.1.- Fecha de nacimiento</p> <p><input type="checkbox"/> De 10 a 13 años (de 1996 a 1999)</p> <p><input type="checkbox"/> De 14 a 17 años (de 1992 a 1995)</p> <p><input type="checkbox"/> De 18 a 21 años (de 1988 a 1991)</p>	<p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>													
<p>P.2.- Sexo</p> <p><input type="checkbox"/> Hombre</p> <p><input type="checkbox"/> Mujer</p>	<p>P.3.- Fecha de ingreso</p> <p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>													
<p>P.4.- Días de estancia</p> <p><input type="checkbox"/> De 1 a 3 días</p> <p><input type="checkbox"/> De 3 a 7 días</p> <p><input type="checkbox"/> De 7 a 12 días</p> <p><input type="checkbox"/> Más de 15 días</p>	<p>Nº DIAS</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>													
<p>P.5.- Ingresos previos</p> <p><input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/> Sí</p>	<p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>							<p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>						
<p>P.6.- Motivos del ingreso actual</p> <p><input type="checkbox"/> Estudio y Diagnóstico</p> <p><input type="checkbox"/> Reagudización de su enfermedad</p> <p><input type="checkbox"/> Intervención quirúrgica</p> <p><input type="checkbox"/> Prueba diagnóstica</p>	<p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>							<p>DIA MES AÑO</p> <table border="1" style="margin: auto; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> <td style="width: 20px; height: 20px;"></td> </tr> </table>						
<p>P.7.- Existencia de consentimiento informado</p> <p><input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/> Sí</p>														
<p>P.8.- En caso afirmativo, el consentimiento fue</p> <p><input type="checkbox"/> Oral <input type="checkbox"/> Escrito</p>														
<p>P.9.- En caso de consentimiento escrito fue</p> <p><input type="checkbox"/> General <input type="checkbox"/> Específico, con riesgos personalizados</p>														

Anexo 2. Encuesta a médicos**Encuesta a médicos****CUESTIONARIO****P.1.- Edad**

- Menos de 30 años
 De 30 a 40 años
 De 41 a 50 años
 Más de 50 años

P.2.- Sexo

- Hombre Mujer

P.3.- Antigüedad en el Hospital

- Menos de 5 años
 De 6 a 10 años
 De 11 a 15 años
 Más de 15 años

P.4.- Pertenencia al

- Área médica Área quirúrgica

P.5.- Especialidad

- Pediatría Urgencias UCI Pediátrica
 Cardiología Neumología Digestivo Neurología
 Nefrología Oncohematología Infecciosas
 Cirugía General Urología Cirugía Plástica
 Traumatología y C.O Neurocirugía O.R.L Cirugía Cardíaca

P.6.- Lugar donde realizó su especialidad

- HGUGM
 Otro hospital de la Comunidad de Madrid. Especificar cuál: _____
 Otra Comunidad. Especificar cuál: _____

P.7.- ¿A quién facilita la información?

- Al paciente
 A la familia
 A ambos

P.8.- ¿Quién considera Vd. que debe evaluar la madurez del menor?

- El médico responsable
- El psicólogo (Pasará a P.10)
- El trabajador social (Pasará a P.10)
- Un abogado (Pasará a P.10)
- Otros

P.9.- ¿Cómo evalúa la madurez moral del menor?

- Utilizando alguna escala. Especificar cuál: _____
- Por la entrevista clínica
- Otros. Especificar: _____

P.10.- ¿Tiene conocimiento de la doctrina del menor maduro?

- Sí
- No

P.11.- En caso afirmativo, ¿Cómo adquirió el conocimiento sobre la doctrina del menor maduro?

- Autodidacta
- Acudió a un curso específico
- Otros. Especificar: _____

P.12.- ¿Cómo cree que se puede mejorar en este área?

- Con formación
- Con la creación de un grupo de mejora
- Otros. Especificar: _____

P.13.- ¿Considera adecuado el consentimiento informado a los menores?

- Sí
- No

P.14.- En caso negativo, ¿Considera necesario adecuar el consentimiento al menor?

- Sí
- No

Anexo 3. Ley 41/2002, de 14 de noviembre

Análisis detallado sobre los contenidos de la Ley de autonomía del paciente (LEY 41/2002, de 14 de noviembre), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en los aspectos con relación más directa al trabajo que nos ocupa.

Capítulo I

Su **ámbito de aplicación**, (Art 1) afecta a pacientes, usuarios y profesionales, en centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

En sus **principios básicos** (Art 2) menciona de forma específica la dignidad, el respeto a la autonomía, y a su intimidad. Y en el 2.2, expresa que 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. Reitera, (2.3) que el paciente tiene derecho a decidir libremente, entre las opciones clínicas disponibles. Posteriormente, (2.4) explicita **que el paciente, tiene derecho a negarse al tratamiento**, (constará por escrito) excepto en los casos determinados en la Ley.

Y en referencia a los profesionales, 2, 6, recuerda la obligación de informar, y respetar la decisión del paciente.

Capítulo II

Este Capítulo regula el derecho de información sanitaria, y en su Art.4 (1,2,3) se explicita el derecho a la información asistencial, de los pacientes, salvo los supuestos exceptuados por Ley, además del derecho del paciente a que se respete su voluntad a no ser informado.

La información será verdadera, y se comunicará de forma comprensible y adecuada, y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

El Art. 5.(1) Deja claro que el titular del derecho a la información es el paciente, aunque tam-

bién serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

En los apartados siguientes (2,3,4), explica que el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. Si el paciente, carece de la capacidad, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Por último, el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por un estado de necesidad terapéutica (acreditado). En este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Capítulo IV

Este Capítulo, recoge el respeto de la autonomía del paciente, es el núcleo de esta norma, que se manifiesta en el derecho al **consentimiento informado**. Art 8 (1,2,3,4,5), que será libre y voluntario.

Con carácter general, será verbal, salvo en 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 y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

En el mismo, debe constar que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Es el Art 9, el que recoge los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación y en su apartado 1, expone el derecho del paciente a renunciar a la información, (se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documental), sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención y establece las excepciones a este, en interés del mismo, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

En su apartado 2, enumera en que actuaciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, se puede actuar por parte de los facultativos, sin necesidad de contar con su consentimiento:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos (apartado 3):

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente *menor de edad*, no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor *después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos*.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación (apartado 4): La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (apartado 5). El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Anexo 4. Declaración de HELSINKI 1964

- **Apartado 22.** En toda investigación en seres humanos, cada individuo potencial debe recibir información adecuada.
- **Apartado 24.** Cuando la persona sea legalmente incapaz, o inhábil física o mentalmente de otorgar consentimiento, o menor de edad, el investigador debe obtener el consentimiento informado del representante legal y de acuerdo con la ley vigente.
- **Apartado C 32.** Cuando los métodos preventivos, diagnósticos o terapéuticos disponibles han resultado ineficaces en la atención de un enfermo, el médico, con el consentimiento informado del paciente, puede permitirse usar procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos nuevos o no probados, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento.

Anexo 5. Preguntas para la reflexión

¿Cómo podríamos responder desde la ley a las preguntas de D. Gracia?:

1. Quién puede o debe definir qué es perjuicio y qué es beneficio?
2. Qué dice la legislación a propósito de la capacidad del adolescente para tomar decisiones sobre su vida y su salud?
3. Cuál es la función de los padres y tutores en todo este proceso?
4. Cuál es la función del juez?
5. Qué criterio debe utilizar el sustituto que decide por un menor: si debe decidir siempre en su mayor beneficio o si, por el contrario, tiene capacidad para tomar decisiones que puedan acarrear un perjuicio al menor?
6. El problema de los llamados derechos humanos personalísimos o de la personalidad: si se poseen desde el momento en que el sujeto tiene capacidad para disfrutarlos, o sólo cuando éste llega a la mayoría de edad?. Y si sucede esto último, qué sentido tiene hablar de derechos personalísimos?
7. El problema del internamiento voluntario o forzoso del menor?

ANEXO 6. Código de Ética y Deontología médica de la Organización Médica Colegial (1999)

- **Artículo 9.4.** El médico en ningún caso abandonará al paciente que necesitara su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes competentes. Tratará y protegerá la vida de todos aquellos que sean incapaces, pudiendo solicitar la intervención judicial, cuando sea necesario.
- **Artículo 10.5.** Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional Codi de Deontologia. Normes d'ètica mèdica. Consell de Collegis de Metges de Catalunya (1997).
- **Artículo 13.** El médico no podrá tratar a ningún paciente con la capacidad mental conservada sin su consentimiento. En el caso de un menor, el médico debe respetar su voluntad si éste tiene capacidad para comprender aquello que decide aunque el padre, la madre o el representante legal disientan.
- **Artículo 14.** El médico debe respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o la asistencia médica, siempre que antes haya sido informado de forma comprensible de las consecuencias previsibles de su negativa y que se encuentre en condiciones de tener, de ello, una comprensión lúcida, a excepción de que puedan derivarse de ello peligros o daños para otro a causa de su estado.

Anexo 7. Carta Europea de los Derechos de los Niños Hospitalizados

- A. Derecho del niño a que no se le hospitalice sino en el caso de que no pueda recibir los cuidados necesarios en su casa o en un ambulatorio y si se coordinan oportunamente con el fin de que la hospitalización sea lo más breve y rápida posible.
- B. Derecho del niño a la hospitalización diurna sin que ello suponga una carga económica adicional a los padres.
- C. Derecho a estar acompañado de sus padres o de la persona que los sustituya el máximo de tiempo posible durante su permanencia en el hospital, no como espectadores pasivos sino como elementos activos de la vida hospitalaria, sin que eso comporte costes adicionales; el ejercicio de este derecho no debe perjudicar en modo alguno ni obstaculizar la aplicación de los tratamientos a los que hay que someter al niño.
- D. Derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece.
- E. Derecho del niño a una recepción y seguimiento individuales destinándose en la medida de lo posible los mismos en enfermeros y auxiliares para dicha recepción y los cuidados necesarios.
- F. El derecho a negarse (por boca de sus padres o de la persona que los sustituya) como sujetos de investigación y a rechazar cualquier cuidado o examen cuyo propósito primordial sea educativo o informativo y no terapéutico.
- G. Derecho de sus padres o de las personas que los sustituya a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, siempre y cuando el derecho fundamental de éste al respecto de su intimidad no se vea afectado por ello.
- H. Derecho de los padres o de la persona que los sustituya a expresar su conformidad con los tratamientos que se aplican al niño.
- I. Derecho de los padres o de la persona que los sustituya a una recepción adecuada y a un seguimiento psicosocial a cargo de personal con formación especializada.
- J. Derecho a no ser sometido a experiencias farmacológicas o terapéuticas. Sólo los padres o la persona que los sustituya, debidamente advertidos de los riesgos y de las ventajas de estos tratamientos, tendrán la posibilidad de conceder su autorización, así como de retirarla.
- K. Derecho del niño hospitalizado, cuando esté sometido a experimentación terapéutica, a estar protegido por la Declaración de Helsinki de la Asamblea Médica Mundial y sus subsiguientes actualizaciones.
- L. Derecho a no recibir tratamientos médicos inútiles y a no soportar sufrimientos físicos y morales que puedan evitarse.
- M. Derecho (y medios) de contactar con sus padres o con la persona que los sustituya, en momentos de tensión.

Anexo 8. Declaración de los Derechos de los Niños

Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Artículo 1.º

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración.

Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Artículo 2.º

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 3.º

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Artículo 4.º

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social.

Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.

El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Artículo 5.º

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Artículo 6.º

El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral

y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Artículo 7.º

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Artículo 8.º

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Artículo 9.º

El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Artículo 10.º

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa, o de cualquiera otra índole.

Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Anexo 9. Bioética

El término híbrido «Bio-ética» fue acuñado por Potter (1970). La plasmación inicial de sus principios —respeto por las personas, beneficencia, equidad— ocurre con la publicación del famoso Informe Belmont (National Commission, 1974-78). Poco después Beauchamp y Childress proponían que los valores que entran en juego en los problemas que se discuten en ética médica, y en general en Bioética, giraban en torno a cuatro principios básicos: no maleficencia, autonomía, justicia y beneficencia.

Estos principios, en su devenir (Gracia D. Fundamentos de Bioética. 1989), han adquirido la siguiente formulación cada uno:

Principio de no maleficencia: no se debe hacer o promover un daño o perjuicio deliberadamente a otro, sea por acción u omisión. Recoge la clásica consigna latina de la ética médica, *primum non nocere*, extraída del viejo aforismo hipocrático «favorecer, o al menos no perjudicar»; eso incluye también la adecuación de la relación riesgo/beneficio. Su contenido tiene que ver específicamente con la competencia del médico, y viene definido por la *lex artis* y los criterios de indicación, de no indicación y de contraindicación; no obstante, siempre habrá que

establecer criterios prudentes de actuación según sean las circunstancias del caso (*lex artis ad hoc*). Esto permite entender que este principio no sea intemporal o absoluto, sino que haya que definirlo en cada momento, de acuerdo, entre otras cosas, con el desarrollo del arte médico.

Principio de autonomía: se deben respetar las preferencias de las personas capaces y se debe promover activamente la expresión de dichas preferencias. Se identifica con la capacidad de tomar decisiones y de gestionar aspectos de la propia vida y muerte.

Principio de justicia: deben repartirse de forma equitativa, entre los miembros de una sociedad, las cargas y los beneficios. Las diferencias sólo se pueden justificar si van en beneficio de todos o de los más desfavorecidos. Se emplea para establecer los criterios de distribución de los recursos limitados.

Principio de beneficencia: se debe hacer o promover el bien hacia las personas respetando los ideales de vida buena de cada una de ellas. Así como no puede hacerse el mal a otra persona aunque nos lo pida, tampoco se le puede hacer el bien en contra de su voluntad.

El «principialismo jerarquizado»: niveles, principios, ámbitos y especificaciones:

Principio	Ámbitos	Especificaciones
Nivel 1		
Ética de mínimos		
No maleficencia	Competencia profesional	Indicación correcta Metodología validada Valoración de hechos biológicos
	Eficiencia	Costes/resultados
Justicia	Equidad	Distribución de recursos Bien común/bien individual
	Nivel 2	
Ética de máximos		
Autonomía	Preferencias individuales	Elección de alternativas Consentimiento informado
	Calidad de vida	Valores de la persona
Beneficencia	Rectitud ética	Riesgo/beneficio
		Decisiones de representación

Anexo 10. Glosario de términos

Información clínica: todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre Artículo 3. Las definiciones legales.**

Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre Artículo 3. Las definiciones legales.**

Médico responsable: el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo

referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre Artículo 3. Las definiciones legales.**

Paciente: la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre Artículo 3. Las definiciones legales.**

Servicio sanitario: la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre Artículo 3. Las definiciones legales.**

Patria Potestad: Las facultades (derechos y deberes), que los padres tienen sobre las personas y bienes de sus hijos, como medio para procurar su asistencia y formación física e intelectual, durante el tiempo de su minoría de edad.

Hacia un cambio legal en la muerte asistida

Belén Ortiz Gonçalves

1. Introducción
2. Conceptos
3. Derechos Constitucionales
 - 3.1. Derechos Constitucionalmente consolidados del Suicidio Asistido en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra
 - 3.2. Derechos Constitucionales de la Muerte Asistida en Europa
4. La Defensa de Necesidad
 - 4.1. La Defensa de Necesidad en Holanda
5. La Compasión
 - 5.1. La Compasión en Francia
6. Comparaciones del Mecanismo de Cambio Legal
 - 6.1. Solicitud
 - 6.2. Enfermedad terminal
 - 6.3. El sufrimiento y el requisito de una «alternativa no razonable»
 - 6.4. ¿Suicidio asistido o muerte asistida?
 - 6.5. Aprobación prospectiva o retrospectiva
 - 6.6. Restricciones a los médicos
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

El interés por la muerte asistida ha surgido en oposición a la preocupación cada vez mayor, por la muerte medicalizada, precedida a menudo por «un deterioro prolongado y decadente», que parece «destruir la elección de la dignidad de los individuos». La utilización de las directrices, de las instrucciones previas (voluntades anticipadas o testamento vital) y la aprobación por la vía judicial del derecho a la limitación del esfuerzo terapéutico, van disminuyendo la ansiedad creada en la sociedad ante esta moderna realidad de morirse.

Las actitudes de los médicos caracterizadas por «la preocupación por la mala praxis, el entusiasmo por la tecnología, la creencia moral, profundamente arraigada de la necesidad de prolongar la vida, y la presión de los familiares», conducen con frecuencia al encarnizamiento terapéutico y a una excesiva confianza en la tecnología. El resultado puede ser que la muerte sea larga y difícil, por la utilización de la medicación o distintos medios, que pueden prolongar este proceso de muerte, y esto, conlleva a sufrir mucho y tener que ser duro morir.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo observó, a través del caso de *Pretty v. el Reino Unido*, que en la era del crecimiento médico sofisticado, combinado con largas expectativas de vida, muchas personas se sienten preocupadas porque no deberían ser forzadas a sobrevivir, en determinadas situaciones como son: edad avanzada de vida, estado de gran deterioro físico y mental; llevando a un conflicto personal consigo mismo y con su identidad personal.

El catedrático Ramón Bayés refiere «en toda demanda de muerte asistida subyace el sufrimiento que experimentan las personas quienes se enfrentan a la muerte». El concepto de sufrimiento tiene relación con la percepción de amenaza (dolor físico, pérdida de la propia identidad o el daño que pueda infligirse a las personas queridas) y con los recursos que cada individuo posee para hacerle frente, en cada momento concreto de su vida.

2. Conceptos

El término eutanasia significa etimológicamente «buena muerte», su significado ha ido cambiando con el paso de los años. En las culturas precristiana, griega y romana, la eutanasia era una forma de morir que consistía en ayudar a morir de forma natural; estando la persona serena, autocontrolada y equilibrada espiritual y psicológicamente para así lograr

una «buena muerte». Actualmente, el concepto de «buena muerte» se asocia a un acto que produce la muerte y no a una forma de morir; por tanto, la eutanasia pasa a ser una acción voluntaria que produce la muerte y se convierte en un derecho reivindicado por los ciudadanos.

Aunque hay muchas definiciones de estos términos voy a centrarme en los conceptos, que han sido muy bien definidos por P. Simón y colaboradores; para poder abordar el tema y evitar confusiones de terminología.

Eutanasia: Actuación de un profesional sanitario que produce de forma deliberada la muerte de su paciente con una enfermedad irreversible, porque éste siendo capaz, se lo pide de forma expresa, reiterada y mantenida, por tener una vivencia de sufrimiento derivada de su enfermedad que experimenta como inaceptable, y que no ha conseguido mitigar por otros medios.

Eutanasia activa o positiva: Son acciones encaminadas a producir deliberadamente la muerte de una paciente que sufre.

Eutanasia pasiva o negativa: Consiste en la cesación, retirada u omisión de intervenciones terapéuticas que se limitan a prolongar la vida biológica de un paciente que se encuentre en situación de enfermedad terminal o irreversible.

Eutanasia voluntaria: Son actuaciones realizadas a petición expresa del paciente capaz.

Eutanasia involuntaria: Son actuaciones realizadas sin que medie petición expresa del paciente. Suele realizarse a petición de los familiares o por iniciativa del propio profesional.

Suicidio: Producción voluntaria de la propia muerte. Matarse a sí mismo.

Suicidio Medicamento Asistido (SMA): Actuación de un profesional sanitario mediante la que proporciona, a petición expresa y reiterada de su paciente capaz y con una enfermedad irreversible, que le produce un sufrimiento experimentado como inaceptable, y no ha conseguido mitigar por otros medios, los medios intelectuales y/o materiales imprescindibles para que pueda terminar con su vida, suicidándose de forma efectiva cuando lo desee.

Suicidio Asistido (SA): La misma definición que la del SMA, pero es una tercera persona, no médica, la que proporciona los medios imprescindibles para que el paciente acabe con su vida, suicidándose de forma efectiva cuando lo desee.

Muerte Asistida: Es un término que utiliza Penney Lewis para referirse conjuntamente a la eutanasia y al suicidio médicamente asistido.

Limitación del esfuerzo terapéutico (LET): Supone aceptar la irreversibilidad de una enferme-

dad y la conveniencia de abandonar los tratamientos (retirar o no iniciar medidas terapéuticas inútiles: ventilación mecánica, reanimación cardiopulmonar, diálisis, nutrición artificial o hidratación) que tengan por finalidad prolongar la vida, manteniendo solamente las terapias necesarias para garantizar el máximo bienestar del enfermo.

Según el profesor James Drane, en Estados Unidos se diferencia muy bien los conceptos de suicidio asistido y eutanasia, pero esto no ocurre así en Europa, donde ambos conceptos se entremezclan.

En el tema expuesto voy a utilizar el término de *muerte asistida*, porque explica adecuadamente como quiere morir el paciente. Quiere morir ayudado por los profesionales sanitarios, sus familiares, sus amigos, representantes religiosos y por las personas importantes para él. No quiere morir solo, aislado con personas desconocidas y en un ambiente hostil.

Por lo tanto, no debemos olvidar que en estas situaciones difíciles al final de la vida, la empatía con el paciente debe estar presente, ya que la mayoría tomamos decisiones sobre su muerte, desde un estado de salud y bienestar que ellos ya no tienen.

3. Derechos Constitucionales

3.1. Derechos Constitucionalmente consolidados del Suicidio Asistido en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra

En las jurisdicciones de Canadá, Estados Unidos e Inglaterra se han utilizado los derechos humanos, constitucionalmente consolidados, para defender el derecho a una muerte asistida, pero no han tenido el éxito que esperaban y actualmente, siguen constituyendo un delito. No obstante, voy a exponer los argumentos a favor y en contra de los derechos fundamentales del suicidio asistido que han sido defendidos en diferentes casos juzgados y las opiniones comentadas por diversos expertos en la materia, para entender la fuerza que han tenido estos argumentos en la toma de decisiones por parte de los jueces y por parte de la opinión pública.

Según Margaret Pabs Battin pueden formularse tres vías diferentes en el derecho al suicidio, y pueden aplicarse, incluso, al derecho al suicidio asistido, como son:

1. Un derecho libre: el individuo es libre para cometer el suicidio asistido, por tanto, no está obligado a hacerlo.

2. Un derecho de no intromisión: otras personas tiene un deber de no intromisión en el suicidio asistido, como individuo o asistente.
3. Un derecho positivo o de bienestar: otras personas tienen el deber de asistir al que se suicida.

Los defensores del suicidio asistido se van a apoyar, principalmente, en los derechos constitucionales de libertad, autonomía y privacidad; mientras que los oponentes, muestran su prioridad por el derecho de vida para justificar sus argumentos en relación con la muerte asistida. Los derechos que serán tratados, por ambas partes, los enumeraré a continuación:

1. Derecho de libertad

Se han formulado dos tipos de argumentos a favor del suicidio asistido:

El argumento intrínseco es aquel libre y básicamente bueno, y por tanto, en ausencia de daños a otros, que sean mayores que el compromiso de libertad en el caso particular, a nivel individual debería permitirse realizarlo solamente cuando ellos lo deseen. Una fórmula alternativa a este argumento sería que los individuos tienen un derecho igual (natural) a ser libres. Robert Risley dice que «los americanos deberían luchar por ganarse el derecho a una muerte humanizada y digna... el derecho de ser libres para decidir su propio destino». Las prohibiciones del suicidio asistido son restricciones a la propia libertad individual de la persona que desea asistencia y de las personas que puedan asistir a cometer suicidio al que lo desea como parte de su propia libertad. Sería por tanto el caso *prima facie* para legalizarse.

El argumento instrumental es el que compromete la libertad de actuación y de pensamiento (en ausencia directa y significativa de hacer daño a otros), protegiendo otros valores fundamentales como son el pluralismo moral o la dignidad existente en una sociedad secular. El pluralismo o las convicciones morales conllevan a considerar qué es lo que constituye una buena muerte, y uno puede estar de acuerdo en dejar que cada persona realice sus propias elecciones, mientras que estas no afecten a otros. La dignidad está íntimamente conectada con el amor propio, y según Ronald Dworkin la libertad es un requisito incuestionable del amor propio, por tanto, la dignidad es una posible base del derecho de libertad y del que puede derivarse el derecho al suicidio asistido. Para los detractores del suicidio asistido, éste supone la renuncia a la propia libertad y se de-

ben limitar las elecciones personales en salvaguardar la libertad en sí misma.

2. Derecho de autonomía o autodeterminación

El compromiso de autonomía o autodeterminación se considera inherente a la moralidad como derecho. La decisión pronunciada de quitarse la vida uno mismo, es el concepto fundamental de autonomía, libertad de actuación y libertad de elegir una vida duradera. A este derecho se han referido en el caso *Bowvia* y en el artículo del Dr. Jack Kevorkian: «Aspectos médicos de una muerte planeada» planteando una absolutista autonomía racional que desembogue en la legalización de una muerte planeada, en ausencia de agitación mental o emocional.

El caso de *Sue Rodriguez*, enferma de esclerosis lateral amiotrófica terminal, juzgado en última instancia por el Tribunal Supremo de Canadá, se basó en el Fuero Canadiense de los Derechos y Libertades (artículo 7) que «garantiza el derecho de vida, libertad y seguridad de la persona y no debe ser privado del mismo, excepto de acuerdo con los principios fundamentales de justicia». La pérdida del derecho de autonomía violaba sus derechos constitucionales como ciudadana y al final, pudo realizar el suicidio médicamente asistido en presencia de un miembro del Parlamento y de un médico anónimo en 1994. No hubo cargos pero se designó un fiscal especial para examinarlo.

Otro caso, fue el de *Dianne Pretty*, en Inglaterra, fue llevado hasta la Corte Europea de los Derechos Humanos. La resolución del juicio se basó en la Convención Europea de los Derechos Humanos (artículo 8), sostiene que «la noción de autonomía personal es un importante principio subyacente de interpretación del derecho que respeta la privacidad y la vida familiar» y también, se basó en «la búsqueda del legítimo objetivo que protegiendo la vida se protege el derecho de otros». Dianne enferma de leucemia terminal, pidió que salieran de la habitación su marido y su hijo cuando ingirió los barbitúricos para no implicarlos, en su decisión de morir.

En ambos casos, las dos demandantes murieron en soledad, sin el acompañamiento de sus familiares, comprometiéndose el derecho de autonomía por el delito del suicidio asistido, porque en el contexto del suicidio asistido el derecho de autonomía está estrechamente vinculado con el concepto del control individual del proceso de muerte.

Algunos oponentes a la legalización del suicidio asistido sostienen, que el suicidio racional y autónomo no existe, y este deseo de morir es un signo de

enfermedad mental. Según refiere Timothy Quill, uno de los principales líderes en defensa de la legalización del suicidio asistido, la persona con una enfermedad incurable que quiera tener algún control sobre su muerte no es idiosincrásico, egoísta o fruto de una alteración psiquiátrica, porque la idea de una muerte noble y digna es profundamente personal y única, siendo exaltada en la poesía, literatura, arte y música.

Joel Feinberg defiende una reivindicación del derecho al suicidio asistido como un fenómeno de la posesión de los derechos para su legalización y los reivindica desde la dignidad humana para forjar un respeto por sí mismo y por los demás, dando un sentido de dignidad personal. Pero los partidarios del suicidio asistido deben tener prudencia, cuando el ejercicio de uno de los derechos conlleve a la propia muerte y, aseguren que la dignidad y el respeto por sí mismos se promuevan para continuar viviendo tanto tiempo como sea posible; por ejemplo, una persona con una invalidez física podría solicitar el suicidio asistido en base al derecho de autonomía.

Los que se oponen a la legalización del suicidio asistido sostienen que la legalización plantea una «amenaza» al derecho individual de autonomía, más que ser consecuente con él. Puede existir una coacción y un contexto social en los cuales la elección personal del suicidio asistido esté influida por fuerzas interpersonales y sociales; como pueden ser, las barreras económicas para elegir los cuidados paliativos y la asistencia social, o también, los medios de comunicación que banalizan, frivolizan y justifican los asesinatos.

El problema se agrava si se diviniza el suicidio asistido como un «derecho» que podría anular la elección autónoma de continuar viviendo. La legitimidad social y las facilidades para conseguir asistencia en el suicidio tendrían un reconocimiento de éste como un «derecho» y se crearía un clima con una formas sutiles y obvias de coacción, que llevarían a elegir el suicidio, aunque se tenga o no, una alteración mental o emocional.

3. Derecho de privacidad o intimidad

En la Convención Europea de los Derechos Humanos (artículo 8) se incluye «el derecho de autonomía personal en el sentido de hacer una elección acerca de nuestro propio cuerpo», sugiere que el derecho de autonomía engloba consideraciones del derecho de privacidad en el contexto del suicidio asistido.

En el contexto constitucional americano se describe al «suicidio como el último ejercicio de uno de

los derechos de privacidad». Según Alan Sullivan, se deduciría en las decisiones tomadas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que el derecho de privacidad o intimidad conectaría con el concepto de constitucionalidad, protegiendo la libertad de intereses porque «el derecho protege las elecciones personales en áreas históricamente protegidas por el estado de injerencia».

Los partidarios de la legalización del suicidio asistido defienden que «si el derecho de privacidad protege el derecho de muerte natural, debería proteger también, al competente, y los derechos del paciente terminal para elegir una muerte rápida e indolora».

El argumento de privacidad derivado del caso *Nancy Cruzan*, en estado vegetativo persistente e irreversible, llegó hasta el Tribunal Supremo de los EE.UU., y fue aceptado por el Tribunal de Distrito y por el juez Wright, discrepando en la primera decisión del Circuito Noveno de Apelación en *Compañía por los moribundos v. Washington*. El juez Wright sostiene que el enfermo terminal, adulto y mentalmente competente tiene un derecho de privacidad para elegir una muerte medicamente asistida; y así, se pudo retirar el tratamiento de soporte vital.

4. Derecho de dignidad

La dignidad es un concepto difícil de definir; a nivel filosófico tiene dos puntos de vista: el ontológico (es un valor que se posee por el mero hecho de existir) y el ético o existencial (tiene que ver con el concepto de decencia y se manifiesta en el comportamiento). La dignidad para el derecho se ha convertido en un objeto de protección y el derecho para la dignidad en un camino hacia el respeto.

El juez Stevens se ha referido a los intereses individuales de dignidad como parte de la base del concepto de libertad.

Ronald Dworkin es un jurista que pone de relieve el derecho de dignidad, pero lo argumenta desde la indignidad. Las causas de indignidad las experimentan personas con una enfermedad terminal dolorosa, coma irreversible y con una existencia dramática por una grave alteración psíquica y/o física; ya que sufren más de indignidad que de otras formas de privación. Esta indignidad es contraria a la experiencia de nuestros intereses (en calidad de nuestras futuras experiencias) o nuestros intereses críticos (en el carácter y el valor de nuestras vidas como un todo). Las personas que deniegan la dignidad perderían el amor propio y la protección de esa dignidad, además de otras formas más serias de

dolor (el desprecio y el propio odio). Para Dworkin, el derecho de dignidad está relacionado con los intereses críticos individuales. El derecho al suicidio asistido se basaría en el derecho de ser libre para la indignidad o en el derecho de dignidad.

Margaret Pabst sostiene que la dignidad es la base fundacional de todos los demás derechos fundamentales, y que esta dignidad no es un derecho especial, sino que forma parte de otros derechos fundamentales humanos que disfrutamos.

Feinberg afirma que la persona poseedora de dignidad humana es una potencial creadora de reivindicaciones.

El problema central del derecho de dignidad hace difícil distinguir la dignidad constitutiva suicida (o suicidio propuesto) de los que no promueven esa dignidad individual. Sería más fácil, hacer esa distinción retrospectivamente (revisando la vida personal y la muerte ya producida) que prospectivamente.

El derecho de dignidad hace que uno acepte, que la dignidad individual no finaliza necesariamente con la muerte, y que la vida no supone, necesariamente, más dignidad que un moribundo o la muerte.

5. Derecho de igualdad

Utilizando la legalidad del suicidio: Este derecho de igualdad a favor de la legalización del suicidio asistido difiere cuando se aplica a las personas que no pueden físicamente cometer suicidio sin ayuda; como los discapacitados físicos o algunos enfermos terminales. Para este grupo de personas, la opción de un suicidio legal les ha sido totalmente denegada, aunque sean mentalmente adultas y competentes; éstas no pueden suicidarse sin ayuda, a causa de su severa discapacidad, y así, se infringe su derecho de igualdad. En la sentencia dictada por el presidente del tribunal Lamer en el caso *Rodríguez*, se sostuvo una prohibición global del suicidio asistido, en los que físicamente no pueden suicidarse sin ayuda. Actualmente, se están planteando la necesidad de asistencia en los suicidios de las personas discapacitadas; según sostiene Paul Steven Miller, éstas no pueden finalizar su vida tranquilamente sin recibir ayuda.

Utilizando el derecho de rechazar el tratamiento de soporte vital: Los defensores de la legalización del suicidio asistido sostienen que el rechazo al tratamiento de soporte vital es esencialmente lo mismo, que cometer suicidio con el asesoramiento de un

médico; en el caso de *Quill v. Kopell*, el Tribunal de Distrito rechazó este argumento, pero en la apelación en el Segundo Circuito si tuvo éxito porque se consideró que no es lo mismo, extraer un tratamiento de soporte vital ya instaurado en un paciente terminal, y así, adelantar su muerte, que administrar fármacos para adelantar su muerte. Este argumento también fue aceptado por el Tribunal de Distrito en *Compasión por los Moribundos v. Washington*, en el que se crea una excepción para pacientes adultos terminales, que estén con tratamiento de soporte vital y demanden como opción del ejercicio de sus derechos, sea retirado este tratamiento con asistencia médica para poder adelantar su muerte.

El impacto de la legalización en los grupos marginales norteamericanos: El derecho de igualdad no se cumple en los grupos marginales y discriminados, como son: los discapacitados físicos y psíquicos, los indigentes (especialmente si son mujeres), las personas de color, los pobres, los ancianos, los que carecen de soporte social y personal (solteros, familiares de una persona fallecida recientemente, enfermos mentales, jóvenes y menores de edad) porque éstos realizan intentos de suicidio o se provocan el suicidio, con más frecuencia que la población general. Se argumenta que estas personas enfermas pertenecientes a grupos marginales, puede que no reciban un tratamiento adecuado del dolor y que su única opción sea el suicidio asistido, para asegurar un tratamiento médico adecuado; pero esto es una opción mezquina. La presión ejercida por personas con enfermedades crónicas de larga evolución y los discapacitados que renuncian o se privan de cuidados caros, consumiendo mucho tiempo, es una realidad social desafortunada que aumentaría la presión en la legalización del suicidio asistido. La autonomía de las personas discapacitadas, sin enfermedad terminal, pero marginales (problemas económicos, falta de asistencia médica y cuidados o gran indiferencia social) que elijan continuar viviendo es ilusoria porque el derecho de autonomía para realizar el suicidio asistido, puede transformarse en un deber, que viola sus derechos de igualdad (su derecho de vida).

La forma de legalización: El derecho de igualdad se puede ver afectado en el suicidio asistido, restringido legalmente a ciertos grupos de personas, como enfermos terminales y discapacitados físicos severos. Permitir únicamente el suicidio asistido, por discapacidad física puede hacer que su derecho de vida sea menos digno de protección que el de las personas sin discapacidad física y viola las garantías constitucionales de la Enmienda XIV «protección igual».

Se aceptó este mismo argumento en el caso de *Lee v. Oregón* porque la Ley de Oregón de Muerte con Dignidad viola la cláusula de «protección igual», al privar a los enfermos terminales, del beneficio proporcionado a quienes no padecen una enfermedad terminal, concretamente la protección de prohibición legal del suicidio asistido.

6. Derecho de libertad de conciencia y de religión

En Estados Unidos, este derecho ha surgido en el contexto del aborto. El juez Stevens sugirió que solo el dogma teológico apoyaría la opinión: «la vida comienza en la concepción», y el dogma religioso subyace en oposición al «derecho a morir».

El argumento del suicidio asistido en el que el estado interfiere, en la decisión moral de un individuo, infringe en su vida el derecho de libertad de conciencia, siendo la decisión de cometer o no suicidio una cuestión de conciencia. Existen muchos argumentos en contra de la legalización del suicidio asistido basados en la inviolabilidad de la vida y en sus orígenes religiosos está la creencia de que el suicidio es un pecado. En el caso *Sue Rodríguez*, el Tribunal de Apelación de Columbia Británica encontró que la recurrente podría ser culpable de un delito, si participó en el planteamiento o intento de ejecución del propio suicidio asistido.

Para el Estado aprobar y cumplir una moral particular donde no se contrarresten intereses (protección de la libertad de conciencia u otras garantías de libertad frente a otras individuales) se podría discutir, sobre todo, si se violan los derechos individuales de libertad de conciencia y de religión; pero estos argumentos, en el contexto del suicidio asistido, han sido rechazados en el Tribunal Supremo de Estados Unidos y en la Corte Europea de los Derechos Humanos.

7. Derecho de propiedad

El derecho al suicidio asistido ha sido formulado en términos de derecho de propiedad individual de nuestro propio cuerpo o vida. Este argumento, que proponen los partidarios, está basado en la afirmación de «es mi cuerpo» o «es mi vida». León Kass debate filosóficamente este argumento en la obra de John Locke, con respecto al poder legislativo: «nadie tiene un poder arbitrario absoluto sobre sí mismo o sobre otro, para destruir su propia vida o quitar la vida o propiedad de otro».

El problema de si la vida puede ser objeto de derecho de propiedad presenta ciertas dificultades conceptuales, en el caso del suicidio «el propietario es el que destruye la propiedad (vida)».

El argumento del derecho de propiedad a favor del suicidio asistido, debe estar sujeto a ciertas limitaciones porque las personas no tienen derechos ilimitados en lo que se refiere a la utilización de su propiedad. Uno no puede usar su misma propiedad para perjudicar a otra persona o destruir otra propiedad. Igualmente, algunos actos de suicidio pueden violar los derechos de otras personas y otros, no.

Existen dos derechos de propiedad promovidos contra la legalización del suicidio asistido. El primero citado, con frecuencia, dice: «somos siervos de lo que Dios nos ha confiado» y «Dios tiene los derechos de propiedad sobre nuestros cuerpos y nuestras vidas»; excluyendo por definición el derecho a suicidarse porque destruiría la propiedad de Dios. Este argumento está conectado íntimamente con las creencias religiosas y proviene de una sociedad pluralista con derecho de libertad de conciencia y de religión, aunque algunos comentaristas sostienen que los argumentos religiosos no tienen una fuerza especial en una democracia constitucional.

El segundo derecho de propiedad dice: «el Estado es el titular de derecho de la vida personal», pero este argumento tiene poca aceptación en las ocasiones en que se ha presentado; fue rechazado a favor del derecho de propiedad individual o del derecho de autodeterminación. Algunos oponentes a la legalización del suicidio asistido prefieren hablar en términos del «interés del Estado en preservar la vida» más que de los derechos del Estado en la vida personal.

8. Derecho de vida

Los oponentes a la legalización del suicidio asistido se apoyan en varios documentos. Uno de ellos es la Declaración de Independencia de Estados Unidos, la cual dice que el derecho de vida es inalienable, por ello no tiene características de renunciabilidad y, ésta es asumida tradicionalmente como un aspecto del derecho en la moralidad. Este derecho inalienable es un derecho *obligatorio* que impone la obligación de un titular de derecho, que continúe vivo tanto tiempo como sea posible, o la obligación de no soportar la propia vida o no cooperar con otros en soportarla. Este derecho de vida *obligatorio* es considerado precursor de posesión de todos los demás derechos.

Los defensores del suicidio asistido sostienen que la inalienabilidad del derecho de vida no hace

que éste sea un derecho obligatorio, sino que sería *discrecional* y se podría renunciar a este voluntariamente. La persona no podría renunciar al *derecho* de vida aunque, una forma de ejercicio del derecho sería renunciar al *objeto* de derecho. La persona que elige morir, no debe perder su *derecho de vida* porque suicidarse no acorta el derecho de su propia vida y no acorta su vida... y así, el rechazo de su propio derecho de vida cometiendo suicidio, no conlleva la pérdida de ese derecho.

3.2. Derechos Constitucionales de la Muerte Asistida en Europa

Los derechos constitucionalmente consolidados en la legislación Europea no tienen la misma importancia que en los países anglosajones. En Holanda no han sido utilizados como un mecanismo de legalización, a pesar de la presencia de los derechos relevantes en la Constitución de los Países Bajos, y los afianzamientos, tanto de la Convención Europea de los Derechos Humanos (ECHR) como del Convenio Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En relación con la Constitución de los Países Bajos, el artículo 120 estipula: «los actos constitucionales del Parlamento y los tratados serán revisados por los tribunales». Esta imposibilidad de «revisión constitucional judicial» significa que el paciente no puede formular una solicitud bajo la Constitución de la prohibición de la eutanasia o del suicidio asistido violando los derechos constitucionales.

La ECHR, en su artículo 2, restringe la legalización de la eutanasia al afirmar que se violaría este artículo referido al derecho de vida. La profesión médica, en Holanda, se basa en el mecanismo de defensa de necesidad para intentar legalizar la muerte asistida y no está dispuesto a apoyar los derechos constitucionales de los pacientes.

La sociedad holandesa se caracteriza porque tiene confianza en las instituciones públicas y en las profesiones. John Griffiths, Alex Bood y Heleen Weyers resaltan las tácticas holandesas de despolitizar asuntos polémicos y evitar confrontaciones; para que, a los médicos, con confianza y discreción, se les permita practicar la eutanasia y así, el debate público se ocupe de establecer los límites de la discreción profesional y de las clases de control de los procedimientos, a los cuales deben estar sometidos éstos. El importante papel que desempeña la profesión médica en el proceso de cambio legal ayuda a explicar que los deberes médicos deben centrarse en aliviar el sufrimiento; «no tanto en términos de qué pacientes tienen el derecho de solicitar el suicidio asistido o la

eutanasia, como en términos de qué médicos estarán autorizados a practicarlo». Los médicos más jóvenes que empiezan a ejercer su profesión, son los que más se han implicado en el proceso de legalización de la muerte asistida en Holanda.

Govert den Hartogh observa: «la opinión predominante en la moralidad de la eutanasia (basada en la autonomía del paciente) no ha sido nunca aceptada por la ley o por la práctica médica». El conflicto de deberes adquiere una base en la defensa de necesidad, porque es un conflicto entre el deber de preservar la vida y el deber de aliviar el sufrimiento, más que un deber de respetar la elección del paciente autónomo. En el caso *Brongersma* el Tribunal Supremo no contempló el sufrimiento existencial que experimentó el paciente autónomo.

Respecto al principio de autonomía del paciente en Holanda, actualmente está adquiriendo importancia en la práctica de la eutanasia, porque según Rob Schwitters, el papel del paciente será decisivo si experimenta un sufrimiento desesperado e insuperable y rechaza los tratamientos disponibles. Aunque se considere como un derecho o principio no influyó claramente como mecanismo de cambio legal en los Países Bajos, porque en los casos de eutanasia los médicos podían ser acusados de asesinato (si existiera delito) al terminar con la vida del paciente aunque este haya realizado una *petición previa autónoma*.

Griffiths, Bood y Weyers sostienen que la polémica de la eutanasia holandesa está influenciada por lo que debe llamarse el interés por el *respeto por la vida*. Según el paradigma liberal «toda forma de acortar la vida y no causar daño a otros debe ser tolerada», pero el principio de respeto por la vida, permite solo unos tipos de acortamiento de la vida. En el caso *Pols*, el fiscal general Remmelink sugiere proteger el respeto por la vida más que la vida individual: «la asistencia en el propio asesinato viola el respeto exigido a la vida, aunque el derecho personal de vida no es violado».

En relación a las creencias religiosas de los médicos europeos, en la toma de decisiones de los últimos meses de vida del paciente, es muy controvertida, según diversos estudios realizados en varios países, publicados en los años 2007 y 2008, los médicos no creyentes están más a favor de la práctica de la muerte asistida que los creyentes; y estos últimos prefieren una mejora de los cuidados paliativos multidisciplinares.

En España, los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española, han sido tratados por Fernando Rey Martínez (año 2008), en relación a la muerte asistida. El argumento de la dignidad

de la persona, no es reconocido como derecho en el artículo 10.1, como tampoco lo son, la invocación al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 y el valor de la libertad del artículo 1.1. El autor ha defendido un modelo de eutanasia como excepción permitida a la regla constitucional de protección plena de la vida; fundamentada desde el punto de vista de la dogmática penal, en razones de culpabilidad, aunque actualmente continúa penalizada.

4. La Defensa de Necesidad

4.1. La Defensa de Necesidad en Holanda

El Código Penal Holandés se refiere a la eutanasia y al suicidio asistido como la terminación de la vida con una solicitud voluntaria previa. En su Artículo 293, explica los requisitos legales que tienen que cumplir los médicos que practican la eutanasia, si cumplen éstos, ni son procesados, ni son absueltos acogidos a la defensa de necesidad. Esta defensa de necesidad presenta dos variantes: la excusa de coacción y la justificación de necesidad.

La vía de justificación de necesidad reconocida por el Tribunal Supremo en los Países Bajos, se basa en que los médicos tienen el deber de aliviar el sufrimiento insuperable y desesperado cuando no existen otras alternativas razonables que lo alivien. El origen de este sufrimiento se puede deber: a una causa somática como una enfermedad terminal, a una causa no somática (psíquica) y a la posibilidad de padecer un deterioro inhumano y no morir dignamente. Al conflicto de deberes solo se enfrentará el médico y surge entre el deber profesional de aliviar el sufrimiento y el deber de preservar la vida; utilizando esta vía de justificación de necesidad. Los tribunales holandeses no utilizan la excusa de coacción en sus argumentos.

La «Ley de comprobación de la finalización de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio», aprobada en el año 2001, no ha cambiado sustantivamente los elementos de la defensa de la necesidad en los casos de eutanasia. El artículo 20 de la Ley establece como se modifica el Código Penal holandés:

- Artículo 293: El que disponga de la vida de otro, respondiendo a una petición seria y explícita de este, será castigado con pena de cárcel de hasta 12 años y multa.

No será punible si se ha llevado a cabo por un médico cumpliendo los requisitos del artículo 2 de la Ley, y lo ha comunicado al forense.

- Artículo 294: Aquel que intencionadamente induzca a otro al suicidio, le preste auxilio o le facilite los medios necesarios para hacerlo; si el suicidio se consuma, será castigado con pena de cárcel de hasta 3 años y multa.

No será castigado si la ayuda es prestada por un médico cumpliendo los requisitos del artículo 2 de la Ley.

En el artículo 2 de la Ley se establecen una serie de requisitos («criterios de cuidados debidos») de diligencia que, si se cumplen, no hacen punible la práctica de la eutanasia. Son los siguientes:

- Que la persona objeto de la muerte asistida sea residente en Holanda.
- Que el médico este convencido de que la petición es voluntaria, está bien meditada y expresa los deseos del paciente, esto quiere decir que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Esta pueda haber sido manifestada en un documento de instrucciones previas.
- Que se constate un sufrimiento insoportable y sin posibilidades de mejoría.
- Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro.
- Que se haya consultado a otro facultativo y que éste haya corroborado el cumplimiento de los requisitos. En el caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar a dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación.
- Que la realización de la eutanasia o suicidio asistido se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

Siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriores, el médico podrá atender la petición de morir de:

- Mayores de 18 años plenamente conscientes o que hayan expresado instrucciones previas.
- Menores entre 16 y 18 años plenamente conscientes o con instrucciones previas, si los padres o representantes están de acuerdo con la decisión del menor.
- Menores entre 12 y 16 años, con madurez suficiente, si los padres o representantes están de acuerdo con la decisión del menor.

En esta ley se reflejan dos cambios importantes de procedimiento en la consulta a otros facultativos y en la información al paciente; además de la revisión por los Comités (creados en 1998) que actúan

como mediadores entre los médicos y los fiscales, revisando casos no tan importantes, para que se informen directamente a las autoridades judiciales.

1. Alternativas en la utilización de la defensa de necesidad

Los jueces del derecho consuetudinario han preferido utilizar un mecanismo encubierto, en lugar de confiar en la defensa de necesidad, sosteniendo que la interpretación de los médicos sobre la eutanasia *no tiene la intención* de la muerte del paciente, o *no causa* la muerte; como en el caso de utilizar medicación analgésica (varios fármacos) en un enfermo y por el principio del «doble efecto», adelantarle la muerte. En el caso de practicar la eutanasia con un cóctel letal, como existe intención y causalidad, el derecho penal sí rechaza esta práctica y además se penaliza.

Otro mecanismo encubierto, consiste en aplicar la nulidad jurídica cuando existe el motivo de compasión y así, los fiscales evitan los juicios con jurados y aceptan peticiones de «culpables de delitos menores».

En otros casos, la defensa es descrita como una necesidad del acusado que no tenía otra alternativa razonable, representado por el altruismo hacia una persona en peligro, más que por el miedo que sienten por sí mismos y así, aliviar un sufrimiento severo que es más importante que la prohibición de terminar activamente con la vida del paciente.

2. La existencia de un consenso en el sufrimiento existencial

El suicidio asistido o la eutanasia no se pueden aplicar a un sufrimiento existencial insoportable y desesperado, sin enfermedad física, como es el caso *Brongersma*, un senador jubilado que se suicidó porque estaba «cansado de vivir» y su médico le asistió. El médico fue condenado y se apeló, para que fuera absuelto por el motivo del sufrimiento no físico del paciente, pero se alegó que el médico había actuado fuera de su competencia profesional. En este caso la defensa de necesidad no se podía aplicar porque «si no hay enfermedad, no hay paciente» y el médico entraría en un potencial conflicto de deberes, siendo un derecho, no médico, paliar el sufrimiento existencial.

Este caso, llevó a los médicos a establecer un consenso. En el año 2005, la Real Asociación Médica Holandesa publicó un informe titulado *El sufrimiento a través de la vida*, que plantea «no hay razón

que pueda darse para excluir situaciones en que semejante sufrimiento sea un área de competencia del médico». Se estableció un consenso, en los tipos de sufrimiento, para aplicar la eutanasia, manifestando que solamente los médicos pueden practicarla. Por tanto, este tipo de sufrimiento no entra dentro de las competencias que un médico debe aliviar y, quizás en un futuro, deberían intervenir otro tipo de profesionales para paliarlo.

La mayoría de los médicos holandeses que practican la eutanasia y los miembros de los comités éticos, según un estudio realizado en el año 2009, discrepan en la toma de decisiones acerca de las solicitudes por un sufrimiento de causa no física, aunque el debate social en este año 2010 lo plantee.

3. La eutanasia activa o terminación de la vida con solicitud

Bajo la nueva legislación holandesa, para contar con la defensa de necesidad, en los casos de eutanasia se deben tener en cuenta:

- La solicitud del paciente debe ser voluntaria y cuidadosamente considerada. La competencia del paciente con una enfermedad somática, ha recibido poca atención por los médicos holandeses que consultan excepcionalmente al psiquiatra, en caso de incompetencia o enfermedad psiquiátrica.
- El sufrimiento que experimenta el paciente debe ser insoportable y desesperado, sin posibilidad de mejoría, pudiendo ser de origen somático (enfermedad terminal o no) o no somático (psicológico, posibilidad de deterioro inhumano o indignidad).
- No hay una alternativa razonable para aliviar el sufrimiento del paciente. La legislación de 2001 contempla que el médico junto con el paciente «deben llegar a la conclusión que no hay una alternativa razonable en el futuro de este último». En casos donde el origen del sufrimiento es somático, los tribunales han sustentado que la decisión del paciente de rechazar el tratamiento puede calmar su sufrimiento, pero «no se excluye una solicitud de eutanasia basada en el resultado del sufrimiento». Sin embargo, donde el origen del sufrimiento es no somático, recurrir a la defensa de necesidad no debe realizarse, si el paciente ha rechazado una alternativa realista para aliviar su sufrimiento. Una vez que existe el conflicto de deberes y no hay una alternativa razonable para aliviar el sufrimiento insoportable del paciente, el médico encontrará la forma adecuada de actuar y la defensa de necesidad estará disponible.

- La relación mutua entre el médico y el paciente debería ser cercana y conocerse lo suficientemente bien, para evaluar la petición firme de eutanasia porque si esta relación no es preexistente, es probable que se investigue detenidamente.

4. Eutanasia involuntaria o terminación de la vida sin solicitud

En los Países Bajos había un escaso número de decisiones judiciales sin solicitud, que permitieron la utilización de la defensa de necesidad en casos de neonatos y discapacitados. A mediados de los años noventa, dos médicos fueron procesados por asesinato, después de acabar con la vida de dos neonatos *Prins* y *Kadijk*, sufrían una discapacidad severa, pero se decidió procesar a los médicos sin cargos, porque creyeron actuar en una situación de emergencia, donde la terminación de la vida de los niños, fue considerada la última opción humana, que tenían para aliviar su sufrimiento. Los médicos se enfrentaron a un conflicto de deberes de preservar la vida y aliviar el sufrimiento insoportable y desesperado, en ambos casos, la decisión de continuar con el tratamiento inútil ya había sido tomada, y todas las partes aceptaron que esta decisión podía acabar con la vida de los niños. Estos casos establecieron el Protocolo Groningen (2005), adoptado por la Asociación Holandesa de Pediatría para uso nacional y además, se creó un Comité de Revisión Nacional para éstos. El sistema resultante de defensa de necesidad no precisa una solicitud competente, si el paciente es incompetente.

El consentimiento de los padres o representantes es requerido bajo el Protocolo Groningen y es considerado como una buena práctica de ética médica. El conflicto de deberes surgiría cuando los padres o representantes han rechazado o no han sido informados del consentimiento.

Recientemente, el caso *Van Oijen*, un médico fue declarado culpable de asesinato al acabar con la vida de su paciente incompetente. La paciente padecía una enfermedad cardíaca, osteoporosis y se encontraba encamada con unas úlceras por decúbito, y aunque se trató el dolor con cuidados paliativos, debido a la evolución de su enfermedad llegó a estar inconsciente. Con el consentimiento de sus hijas, el acusado inyectó a la paciente un fármaco letal y falleció, casi inmediatamente. El Tribunal Supremo aceptó en un principio, que la defensa de necesidad podía estar disponible en casos de terminación de la vida sin consentimiento. La paciente estaba en coma y por consiguiente, no sufría insoportablemente y

su muerte era inminente. Como una alternativa razonable, el acusado podía haber administrado a la paciente un sedante (fenobarbital), como él mismo reconoció; el acusado no se encontró a sí mismo en una situación de necesidad y no actuó bien, por no cumplir con los requisitos debidos de procedimiento, en varios sentidos, incluyendo la solicitud de consultar con otro médico. Además, fue encontrado culpable por defecto de informar sobre el suceso.

En los casos de sufrimiento, causados por una enfermedad somática, la solicitud de la «alternativa no razonable» por una persona competente, rechazando el tratamiento paliativo, es muy improbable pero puede ocurrir. En ocasiones, el equipo médico examinaría cuidadosamente la posibilidad de una muerte rápida utilizando la sedación terminal, porque hay casos en los que los cuidados paliativos pueden que no sean siempre efectivos; y se puede estar sufriendo, a pesar de que estén bien indicados y administrados. En los casos competentes, la sedación paliativa no plantea el problema de los casos incompetentes que tienen que solicitar el consentimiento de los representantes para su administración.

5. La Compasión

5.1. La Compasión en Francia

En enero de 2000, la propuesta creada por el Comité Nacional Francés Asesor de Bioética (Comité Nacional Consultivo de Ética o CCNE) de utilizar la compasión como mecanismo de cambio legal, sólo permitiría la eutanasia activa en casos excepcionales, como son: cuidados paliativos y encarnizamiento terapéutico, para proporcionar «un final de vida tolerable».

En estos casos, la CCNE recomendó «la solidaridad humana y la compasión» y «un compromiso conjunto» para «enfrentarse a lo inevitable». El asesoramiento de esta comisión al poder judicial no es vinculante porque el juez es el único que tiene la potestad de decidir en un juicio.

La CCNE intentaría introducir una enmienda en el Código Procesal Penal Francés y evitar un cambio en el derecho penal sustantivo. Existen dos clases de excepción de procedimiento en el Derecho Procesal Penal Francés: excepción de acción (impide la iniciación de una investigación judicial) y excepción de juicio (se aplica posteriormente en la existencia de una investigación, previniendo que suceda el juicio). Aunque la CCNE no da una indicación en el tipo de excepción, probablemente implicaría más a una excepción de juicio.

La posición de la CCNE basada en «la solidaridad humana y en la compasión», implicaría tender una mano directamente al paciente e identificarse con el sufridor como ser humano. Pero la compasión no tiene un estatuto legal, ni en el derecho consuetudinario, ni en los sistemas civiles legales que conlleven un cambio legal en Francia. En Junio de 2004 el informe Leonetti rechazó la posibilidad de legalización de la eutanasia y en 2005, se aprobó una nueva ley que consolidó el rechazo al tratamiento de prolongar la vida o tratamiento de soporte vital solamente en pacientes terminales.

En esta nueva ley el derecho a una muerte asistida, respetando los derechos de los pacientes, es controvertido y es una posibilidad muy remota en estos dos casos juzgados: el caso *Gatineau* (el médico respetó la decisión del paciente de rechazar el tratamiento de prolongar su vida) y el caso *Garnier* (el Consejo de Estado prefirió que el médico utilizase todos los medios a su alcance para salvar la vida del paciente, a pesar del rechazo del paciente al tratamiento de soporte vital). En el primer caso, solo existe una falta disciplinaria para el médico que podría acabar en juicio. En el segundo caso, el médico que no respeta la decisión del paciente de acabar con su vida es poco probable que sea sometido a un juicio: penal, civil, administrativo o disciplinario, si rechaza poner la vida del paciente en peligro.

En el Código Penal Francés «una persona no es responsable penalmente si se enfrentó a un inminente peligro para sí mismo, otra persona o propiedad, excepto donde los medios utilizados son desproporcionados en una amenaza grave. Es difícil ver como aplicando la eutanasia el médico, pudo ser un acto necesario para garantizar su *seguridad*. De este modo, si aplicamos la defensa de necesidad legal no se proporciona ningún argumento, sostenible donde el médico tenga el deber de aliviar el sufrimiento del paciente y puede invalidar el deber de preservar la vida del paciente. El deber de auxiliar se plasmó en el Artículo 223-6 del Código Penal, con ello la posibilidad de legalización de la muerte asistida se hace más remota, porque en los contextos civil, administrativo y disciplinario no hay un reconocimiento de los deberes de los médicos: aliviar el sufrimiento como justificación, una terminación activa de la vida, una retirada o no inicio de tratamiento de soporte vital.

Los requisitos sustantivos aparentemente incluyen las enfermedades terminales al «enfrentarse a lo inevitable». Pero también, hay un requisito de sufrimiento que debe ser «intolerable», «desesperado» e «intratable» y no existe una alternativa ra-

zorable para acabar con él. Una valoración retrospectiva examinaría las motivaciones del acusado, si este ha aceptado con compasión «enfrentarse a lo inevitable» para acabar con el sufrimiento de su paciente.

Las críticas, a la propuesta del CCNE han planteado el problema de la vaguedad en relación con estos criterios porque si la eutanasia fuese utilizada solo en casos excepcionales, cómo se fijaría un estándar legal que aseguraría que los esfuerzos adecuados se han realizado en esos casos y quién decidirá cuándo el sufrimiento llega a ser intolerable. En los Países Bajos esto es obvio porque los pacientes y los médicos juegan un papel conjuntamente en esta valoración, pero esto no ocurre en Francia.

La opinión plantea que la solicitud individual de la eutanasia debe de ser otorgada verbalmente por el paciente «lúcida, reiteradamente y con libertad» y, con un consentimiento escrito (instrucciones previas). Es más, la CCNE permitiría que la posibilidad de la eutanasia se consintiera por un representante de la asistencia médica, o un consentimiento previo del paciente (antes que sea declarado incompetente), o un consentimiento de los padres (en caso de un neonato con discapacidad severa).

Actualmente, en Francia se encuentran penalizadas la eutanasia y el suicidio asistido a pesar de las propuestas de la CCNE.

6. Comparaciones del Mecanismo de Cambio Legal

El objetivo global es evaluar las relaciones y diferencias entre estos tres mecanismos de cambio legal propuestos en relación a los requisitos requeridos.

6.1. Solicitud

Aunque la eutanasia en los Países Bajos está restringida a la solicitud de los casos de los competentes, la terminación de la vida sin solicitud se permite cuando la defensa de necesidad es un mecanismo de cambio legal. El representante consiente si se incluye dentro de la propuesta del CCNE, apoyada en la compasión; por lo tanto, parece análogo utilizar la compasión o la necesidad como mecanismo de cambio legal cuando el paciente es incompetente porque se permitiría, en unas circunstancias limitadas, la terminación de su vida sin la solicitud previa.

Según algunos expertos la extensión del derecho al rechazo del tratamiento de soporte vital (negativas anticipatorias) en personas incompetentes, su-

giere que podría ampliarse el derecho a una muerte asistida. Los diferentes derechos básicos podrían subyacer al derecho del rechazo al tratamiento y al derecho a una muerte asistida, para que pueda ser reconocido este último.

La mayor dificultad de las posibilidades surge cuando no hay ni una solicitud actual, ni anticipatoria. Todas las pruebas de las jurisdicciones permiten la toma de decisiones en nombre de la incompetencia individual por el representante, si este fue designado judicialmente cuando todavía era competente, en virtud de la relación con el individuo o del paciente con el médico. Esta decisión puede ser tomada en base de la sentencia sustituida o en pruebas de mejor interés.

La «doctrina» está solamente disponible para las personas incompetentes, previamente competentes, quienes deseen ser reconocidas o valoradas por el sistema, que podría aplicarse a la situación presente de incompetencia; basándose en el respeto de los intereses de la autonomía individual. Muchos estados de USA y provincias canadienses solicitan sustituir la toma de decisiones, para utilizar esta propuesta cuando la evidencia está disponible; en cambio, esta propuesta no se utiliza en Inglaterra, ni en Gales.

Las pruebas de mejor interés están basadas en la protección de los intereses de la asistencia social individual de los incompetentes, y pueden ser utilizados, a pesar de, sí lo individual fue competente anteriormente. En Inglaterra y Gales, las decisiones del tratamiento médico de las personas incompetentes están utilizándose como prueba que necesita sopesar los beneficios y los perjuicios existentes en el procedimiento propuesto. Algunos estados de USA también se adhieren a esta propuesta.

Las decisiones del representante pueden ser aceptadas en el ejercicio de los derechos, en nombre de la persona representada, en algunos estados de USA. Aunque el concepto del ejercicio de sustitución del derecho al suicidio asistido o eutanasia puede parecer poco convincente, el concepto análogo del derecho al rechazo del tratamiento médico, puede ser ejercido en nombre de las personas incompetentes por un representante que haya sido aceptado en algunas jurisdicciones de USA. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Washington v. Glucksberg*, creyó que la decisión del representante, tomada en nombre del paciente incompetente, pueda constituir un ejercicio del derecho del paciente al suicidio asistido. Se debería aclarar el deber del representante, quien toma decisiones por el paciente, es para todos los fines legales, la decisión tomada por el propio paciente de acabar con su vida de forma voluntaria o involuntaria.

Los comentaristas han sostenido que la decisión del Segundo Circuito de Apelación, en el caso de *Quill v. Vacco* acepta implícitamente la misma posición tomada por el Noveno Circuito de Apelación. Thomas Marzen y colaboradores sostienen «si los representantes toman decisiones autorizadas por el paciente incompetente en cuanto a LET (retirada o no inicio del tratamiento de soporte vital) también deberían ser autorizados para ordenar que se practique la eutanasia voluntaria o involuntaria».

Existen jurisdicciones en la que los límites del poder de la toma de decisiones de los representantes no son considerados como límites de los derechos de las personas incompetentes; aunque, el paciente haya formulado una solicitud individual competente (anticipada o actual). Los objetos de los derechos que poseen los individuos competentes son excluidos o no incluidos en la categoría de las decisiones que pueden ser formuladas por los representantes, en nombre de los incompetentes.

Algunos expertos han planteado una gran preocupación por la toma de decisiones realizada por el representante motivado: por la compasión, por la necesidad o por los derechos como mecanismo de cambio legal. Lois Shepherd plantea el peligro de presunción «cómo se sienten otros», sugiriendo que «podemos juzgar erróneamente el grado y la naturaleza del sufrimiento de otra persona». Marta Nussbaun identifica un peligro de protección, aún más lejano «tenemos una gran dificultad en observar las vidas de otros que son diferentes a nosotros mismos». Es fácil imaginar al otro en nuestra propia imagen, y puede ser difícil centrar el interés del tema de la compasión cuando otros, también son dignos de nuestra compasión.

Las propuestas de la muerte asistida que permitirían al representante la toma de decisiones pueden ser vulnerables de: presunción, proyección y sociabilidad. Por último, la toma de decisiones por el representante puede incluirse en la evaluación de sus propios intereses y/o los intereses de esas personas cercanas al paciente, quienes son también dignos de compasión.

6.2. Enfermedad terminal

El sistema resultante de la necesidad como mecanismo de cambio legal no puede mantener los requisitos de la enfermedad terminal, porque el conflicto de deberes puede presentarse también en enfermos no terminales. En los casos holandeses, la esperanza de vida (seis meses o menos) del paciente es un factor relevante en la evaluación, si hay un conflic-

to entre los deberes de preservar la vida y aliviar el sufrimiento. Bajo la nueva ley, si el paciente tiene una enfermedad terminal será preciso evaluar: si el sufrimiento del paciente es intolerable, si no tiene posibilidades de mejoría y si no hay una alternativa razonable.

En el sistema de la compasión como mecanismo de cambio legal se podrían incluir como grupo, y sería difícil considerarlos como enfermos terminales, a los casos excepcionales de los niños recién nacidos con graves secuelas neurológicas, previa información a los padres. Estos niños no pueden sobrevivir y es probable que mueran a corto o medio plazo, aunque se les mantenga con un tratamiento médico agresivo e inútil. En la propuesta de la CCNE, se contempla a los que no son enfermos terminales pero son dignos de compasión. Si la persona, no es un enfermo terminal, está sufriendo y no hay otra alternativa razonable disponible que alivie este sufrimiento, se podía permitir la muerte asistida utilizando esta compasión.

Por tanto, el criterio de enfermedad terminal podría desaparecer, en un futuro, como mecanismo de cambio legal utilizando los sistemas de compasión y de necesidad.

Los sistemas resultantes del cambio legal basados en los derechos de la persona: libertad, privacidad, seguridad e incluso igualdad pueden ser restringidos por el sufrimiento de una enfermedad terminal, en base a que ninguna violación de estos derechos, pueda ser justificada por el interés del estado, en preservar la vida en casos de enfermedad terminal o no terminal. La violación de la igualdad de los discapacitados físicos, no pueden suicidarse sin ayuda, por su gran deterioro, ha sido descrita por Lamer C.J.C., en el caso *Sue Rodriguez*, frente a los enfermos terminales que sí podían realizar el suicidio asistido. Por tanto, no debería utilizarse el criterio de enfermo terminal en el caso de rechazo al tratamiento del discapacitado.

6.3. El sufrimiento y el requisito de una «alternativa no razonable»

Cuando la necesidad o la compasión son el mecanismo de cambio legal, el criterio esencial es el sufrimiento desesperado e insoportable con una alternativa no razonable para aliviarlo. En contraste, si el derecho de igualdad es un mecanismo de cambio legal, el requisito del sufrimiento no puede sostenerse, los que son físicamente capaces de suicidarse o los que eligen rechazar el tratamiento de soporte

vital, no necesitan demostrar que su sufrimiento era previo a estar así. El requisito de sufrimiento puede ser sostenible, si los derechos de seguridad de la persona o de dignidad son los mecanismos de cambio legal, pero no si se han utilizado los derechos de autonomía o de libertad.

Como sistema resultante de los derechos como mecanismo de cambio legal puede prescindirse del requisito del sufrimiento, pero el requisito de «alternativa no razonable» puede ser incluido si se utilizan los derechos de seguridad de la persona o de dignidad.

6.4. ¿Suicidio asistido o muerte asistida?

Cuando la necesidad o la compasión son un mecanismo de cambio legal, el suicidio asistido y la eutanasia son permitidos si se dan los requisitos del sufrimiento y la alternativa no razonable. En el individuo incapaz de suicidarse con asistencia, el derecho de igualdad puede ser utilizado para cuestionar la limitación en el suicidio asistido. La mayoría del Noveno Circuito de Apelación en *Compasión por los Moribundos v. Washington*, aceptó el argumento basado en el derecho de libertad, sin embargo, «reconoció que en algunos casos, el paciente puede ser incapaz de autoadministrarse la medicación y esa administración, la dará el médico o una persona actuando bajo su supervisión, aunque solo será un medio para que el paciente pueda recibirla».

6.5. Aprobación prospectiva o retrospectiva

Las propuestas de McEacern C.J.B.C. y Lamer C.J.C., en el caso de *Sue Rodriguez*, llevado a los Tribunales canadienses de Apelación y del Supremo sugieren que la aprobación prospectiva *podría* estar acorde con los sistemas, proporcionando la aprobación del proceso que no tiene lugar en la carga excesiva de los derechos del paciente. Mientras la aprobación prospectiva puede ser una propuesta cautelara, adoptada por los jueces como medida provisional y regirá sólo hasta que la asamblea legislativa responda a la decisión judicial, de sí los individuos tienen el derecho o no a una muerte asistida.

El sistema holandés y la propuesta de la CCNE suponen una evaluación retrospectiva más que una aprobación prospectiva, aunque los criterios de

«cuidados debidos holandeses» son prospectivos. Es difícil ver como un requisito de aprobación prospectiva formal puede ser coherente, cuando se utilizan la necesidad o la compasión como un mecanismo de cambio legal, al médico se le debería evaluar retrospectivamente y ver si se ha enfrentado a un conflicto de deberes o si ha actuado con la compasión debida.

6.6. Restricciones a los médicos

El sistema holandés resultante de la necesidad como mecanismo de cambio legal, se aplica solamente a los médicos porque solo ellos tienen el deber profesional de aliviar el sufrimiento y pueden tener un conflicto con el deber de preservar la vida. Pero esta restricción es menos clara, si la compasión es utilizada como mecanismo de cambio legal porque se puede requerir una evaluación médica del sufrimiento intolerable del paciente y ver que no hay una alternativa razonable. Sin embargo, el acto de terminación de la vida podría ser efectuado por un individuo motivado por la compasión para aliviar el sufrimiento del paciente.

La decisión del Noveno Circuito de Apelación en *Compasión por los Moribundos v. Washington*, incluyó, explícitamente, a todas estas personas que podían proporcionar asistencia al suicidio: el farmacéutico (que se ocupa de proporcionar la prescripción), el trabajador social (que facilita todo el proceso burocrático), los familiares o amigos que le quieren (pueden abrir el frasco de la medicación, poner las pastillas en su mano y proporcionarle el líquido necesario, para tragarlas) y las personas que estuvieron en la cabecera del paciente ayudándole en su muerte, (proporcionándole amor y consuelo) tan esenciales para una muerte en paz.

En una encuesta de opinión realizada, en el año 2009, a los médicos de Inglaterra y Gales, se ha observado que los que están trabajando en cuidados paliativos y los creyentes se oponen más a la muerte asistida que el resto de profesionales. Los médicos mayores se oponen a algunas medidas de legalización; en cambio, ni el sexo ni los años en el puesto de trabajo contribuyen a esta toma de decisiones. Respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico (LET) en la retirada de tratamientos inútiles, un estudio realizado en Inglaterra, en el año 2009, revela que los médicos y enfermeras creyentes son más partidarios de continuar con la hidratación y los tratamientos ya instaurados que los mismos profesionales sanitarios quienes no son creyentes, los cuales están a favor de la LET.

7. Conclusiones

De los tres principales mecanismos de cambio legal, la compasión parece poco probable que lo consiga por la falta de personalidad jurídica en el derecho consuetudinario o en el sistema civil legal. El fracaso de las solicitudes de legalizar la muerte asistida utilizando los derechos constitucionales consolidados ha dejado a la defensa de necesidad como una única alternativa de mecanismo de cambio legal en las jurisdicciones de derecho consuetudinario; pero la falta de una política para el cambio legislativo y su oposición parecen descartar también esta alternativa. Por tanto, o se crean otros mecanismos que puedan producir en un futuro un cambio legal en la muerte asistida o se revisan y mejoran los ya tratados, para que puedan ejercerse.

Actualmente, la despenalización de la muerte asistida supone que su práctica está sancionada bajo la legislación del país en que se realice, pero bajo ciertas condiciones, el transgresor no es castigado. El suicidio asistido y la eutanasia se encuentran despenalizados en: Holanda, Bélgica y Luxemburgo. En cambio, el suicidio asistido está despenalizado en: Oregón, Washington, California, Suiza y Alemania. Cuando se consiga la legalización o liberalización de la muerte asistida como un derecho, este no será castigado si se cumple un procedimiento determinado. Lo que nos lleva al debate actual: en la opinión pública, en el grupo de expertos y en los distintos gobiernos, que van obteniendo algunos logros lentamente para que pueda ser completado ese «vacío legal» existente en las diversas legislaciones.

8. Bibliografía

- *¿La hora de la eutanasia?. Reflexiones para el debate social.* Elizari, Francisco Javier. 2008. 31, s.l.: Moralia, 2008. 383-421.
- *¿Es posible gestionar el proceso de morir?. Voluntades anticipadas.* Ortiz, Jaime Sanz. 2006. 126(16);620-3, s.l.: Medicina Clínica (Barcelona), 2006.
- *A palliative ethic of care: clinical wisdom at life's end.* Fins, Joseph J. 2006. 15, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2006, Vol. 354. 1653-1654.
- *A profile of the belief system and attitudes to end-of-life decisions of senior clinicians working in a National Health Service Hospital in the U.K.* E.J.Plug, R. Song, V. Whittaker and J. Blenkinsopp. 2009. 2, s.l.: Palliative Medicine, 2009, Vol. 23. 158-164.
- *Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad.* A. Sánz Rubiales, M.L del Valle Ribero, L.A Flores Pérez, S. Hernansanz de la Calle, C. Gutiérrez Alonso, L. Gómez Heras y C. García Recio. 2006. 2ª, s.l.: Cuadernos de Bioética, 2006, Vol. XVII. 215-233.
- Comisión Autónoma Andaluza de Ética e Investigación Sanitaria. 2009. *Proyecto de ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.* s.l.: Junta de Andalucía, 2009.
- Comisión Consultiva de Bioética de Cataluña. 2006. *Informe sobre la eutanasia y ayuda al suicidio.* s.l.: Aranzadi, 2006. pgs 1-149.
- *Depression, Euthanasia, and Improving End-of-Life Care.* Emanuel, Ezequiel J. 2005. 27, s.l.: Journal of Clinical Oncology, 2005, Vol. 23. 6456-6458.
- *Disability, Bioethics, and Rejected Knowledge.* Newell, Christopher. 2006. 31, s.l.: Journal of Medicine and Philosophy, 2006. 269-283.
- *End-of-life practices in Netherlands under the euthanasia act.* Agnes van der Heider, M.D., Ph.D. Onwuteaka-Philipsen, Ph.D., Mette L. Rurup, Ph.D., Hilde M. Buiting... 2007. 19, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2007, Vol. 356. 1957-1965.
- Enrique Alcaráz, Miguel Angel Campos y Cynthia Miguélez. 2007. *El inglés jurídico norteamericano.* Barcelona: Ariel Derecho, 2007. 11-120.
- *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras.* Simon Lorda P., Barrio Cantalejo I.M, Alarcos Martínez F.j y Barbero Gutiérrez J, Couceiro A Hernado Robles P. 2008. 23 (6), España: Rev. Calidad Asistencial, 2008.
- *Eutanasia y suicidio asistido en las culturas antigua y contemporánea.* Drane, James. 2003. 1, s.l.: HUMANITAS. HUMANIDADES MEDICAS, 2003, Vol. 1. 35-44.
- *Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia (I).* Sánchez, C. de Miguel y Romero, A. López. 2006. 4, s.l.: Medicina paliativa, ISSN 1134-248X, 2006, Vol. 13. 207-215.
- *Eutanasia, opciones al final de la vida y médicos de familia.* Montero, Santiago Alvarez. 2009. 7, s.l.: Atención Primaria, 2009, Vol. 41. 405-410.
- *Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia (I).* C de Miguel Sánchez, A. López Romero. 2006. 4, s.l.: Medicina Paliativa, 2006, Vol. 13. 207-215.
- García, Elma del Carmen Trejo. Enero 2007. *Legislación Internacional y Estudio de Derecho Comparado de la Eutanasia.* México: Servicio de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior, enero 2007.
- Gutiérrez, Javier Vega. 2005. *La pendiente resbaladiza en la eutanasia. Una valoración moral.* Roma: Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Dº Inigo Ortega Larrea, 2005.
- Hernández, Fernando Albarrán. 2006. *Opciones al final de la vida.* [aut. libro] S, Delgado Bueno y J. Sánchez-Caro F. Bandrés Moya. *Biomedicina y Derecho Sanitario. Tomo I.* Madrid: ADEMÁS Comunicación, 2006.
- Hernández, Juan León. 2006. *El suicidio como límite ético y jurídico de la eutanasia.* [aut. libro] S. Delgado Bueno y J. Sánchez-Caro F. Bandrés Moya. *Biomedicina*

- y *Derecho Sanitario. Tomo I*. Madrid: ADEMÁS Comunicación, 2006.
- Hernández, Sara Bandrés. 2006. La dignidad Humana. [aut. libro] S. Delgado Bueno y J. Sánchez-Caro F. Bandrés Moya. *Biomedicina y Derecho Sanitario. Tomo I*. Madrid: ADEMÁS Comunicación, 2006.
 - Herranz, María Dolores Jiménez. 2009. Instrucciones previas. El derecho a la autodeterminación del paciente terminal. [aut. libro] F. Bandrés Moya y S. Delgado Bueno. *Biomedicina y Derecho Sanitario. Tomo VI*. Madrid: ADEMÁS Comunicación, 2009.
 - *Influence of physicians' life stances on attitudes to end-of-life decisions and actual end-of-life decision-making in six countries*. J. Cohen, J. van Delden, F. Mortier, R. Löffmark, M. Norup, C. Cartwright, K. Faisst, C. Canova, B. Onwuteaka-Philipsen, . Bilsen, on behalf of the Eureld Consortium. 2008. 34, s.l.: Journal of Medical Ethics, 2008. 247-253.
 - Isidoro Martín Sánchez (coordinador) / Miguel Ángel Sánchez González. 2005. *Bioética, Religión y Salud / Informe sobre Instrucciones Previas*. s.l.: B.O.C.M., 2005. 141-159.
 - J. M. Antequera, J. Barbero, J. Bátiz, R. Bayés, M. Casares, J. Gervás, M. Gómez Sancho, D. Gracia, A. Pascual, J.A. Seoane. 2006. *Ética en Cuidados Paliativos*. Fundación de Ciencias de la Salud. Madrid: Ergón, 2006. 13-21.
 - Javier Sánchez-Caro y Fernando Abellán. 2007. *Enfermería y Paciente. Cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*. Granada: COMARES, 2007. 139-174.
 - *La cuestión de la eutanasia en España. Consecuencias Jurídicas*. Ruíz-Calderón, J.M Serrano. 2007. 1ª, Murcia: Cuadernos de Bioética, 2007, Vol. XVIII. 11-51.
 - *La dignidad del moriente*. Perales, Enrique Bonete. 2007. 10, Salamanca: Azafea. Revista Filosófica, 2007. 123-143.
 - *La eutanasia y el suicidio médicamente asistido*. Qui, Albert Royes i. 2008. 2-3, Barcelona: Psicooncología, 2008, Vol. 5. 323-337.
 - *La regulación del suicidio asistido en un Estado multicultural*. Francisca Pérez Madrid. 2007. s.l.: Els ajuts de l'AGAUR; 2005BE00236, 2007.
 - *La sociedad contemporánea ante el dolor y la muerte*. Bayés, Ramón. 2003. 1, s.l.: HUMANITAS.HUMANIDADES MEDICAS, 2003, Vol. 1.
 - *La vida considerada como cosa: un error norteamericano fundamental*. Stith, Richard. 2005. 1ª, Indiana: Cuadernos de Bioética, 2005. 23-42.
 - *Legal regulation of physician-assisted death- the latest report cards*. Timothy E. Quill, M.D. 2007. 19, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2007, Vol. 356. 1911-1913.
 - Lewis, Penney. 2007. *Assisted Dying and Legal Change*. New York: Oxford University Press, 2007.
 - Lieve Van den Block, Johan Bilsen, Nathalie Bossuyt, Viviane Van Casteren and Luc Deliens. 2009. s.l.: British Medical Journal, 2009. 2772.
 - Luque, Javier Artajo. 2006. Vivir y morir con dignidad. [aut. libro] S. Delgado Bueno y J. Sánchez-Caro F. Bandrés Moya. *Biomedicina y Derecho Sanitario. Tomo I*. Madrid: ADEMÁS Comunicación, 2006.
 - Martínez, Fernando Rey. 2008. *Eutanasia y Derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
 - *Medicina paliativa*, ISSN 1134-248X. C. de Miguel Sánchez, A.López Romero. 2007. 1, 2007, Vol. 14. p. 40-49.
 - Moreno, Miguel Duro. 2005. *Introducción al derecho Inglés: La traducción jurídica inglés-español y su entorno*. Madrid: EDISOFER, 2005.
 - *Notas Históricas sobre el suicidio y la eutanasia*. Dorado, Carmen Juanetey. 2003. 1, s.l.: HUMANITAS HUMANIDADES MÉDICAS, 2003, Vol. 1. 25-34.
 - Pablo de Lora y Marina Gascón. 2008. *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Madrid: Alianza, 2008. 207-256.
 - Pablo Simón e Inés María Barrio. 2004. *¿Quién decidirá por mí ?* Madrid: Triacastela, 2004. 17-55.
 - Pablo Simón Lorda. Fco J. Alarcos Martínez. 2008. *Ética y Muerte digna*. s.l.: Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 2008.
 - *Pefil jurídico de la lucha médica contra el dolor. Al tiempo, tratamiento de la eutanasia activa indirecta*. Gómez, M. 2006. 1, s.l.: Revista de la Sociedad Española del Dolor, 2006, Vol. 13. 40-46.
 - *Physician-Assisted Death- from Oregon to Washington State*. Robert Steinbrook, M.D. 2008. 24, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2008, Vol. 359. 2513-2515.
 - *Razones del «sí» a la vida y del «no» a la eutanasia*. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos (ACEB). 2006. 2ª, s.l.: Cuadernos Bioéticos, 2006, Vol. XVII. 247-257.
 - *Religion, Conscience, and Controversial Clinical Practices*. Farr A. Culin, Ryan E. Lawrence, Marshall H. Chin and John D. Lantos. 2008. 6, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2008, Vol. 356. 593-600.
 - Rodríguez, Ricardo Chueca. 2008. Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la propia vida. s.l.: XVI Congreso «Derecho y Salud», 2008. Vol. 16.
 - *Sobre «Eutanasia y Derechos Morales»*. Alamo, Mercedes alonso. 2008. 10-r3, p. r3:1-r3:8, Valladolid: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008.
 - *Suicidio asistido y eutanasia: un debate clásico y trágico, con pronóstico reservado*. Gutiérrez, F. J. Júdez. 2007. Extra 3, Gobierno de Navarra: Anales del sistema sanitario de Navarra, 2007, Vol. 30. 137-161.
 - *Suicidio médicamente asistido en el final de la vida*. Gutiérrez, F.J Júdez. 2005. 13, Barcelona: Medicina Clínica, 2005. 498-503.
 - *Survey of doctors' opinions of the legalisation of physician assisted suicide*. Willian Lee, Annabel Price, Lauren Rayner and Matthew Hotopf. 2009. 10:2, s.l.: BMC Medical Ethics, 2009. 1-10.
 - *The Supreme Court and the purposes of Medicine*. Bloche., M. Gregg. 2006. 10, s.l.: The New England Journal of Medicine, 2006, Vol. 354. 993-995.

El error diagnóstico en radiología

*Dr. Gregorio Jesús Palacios
García-Cervigón*

1. Introducción
2. Errores Diagnósticos en Radiología ¿Es un problema frecuente?
3. Tipos de errores en el diagnóstico
 - 3.1. Errores de percepción
 - 3.2. Errores de juicio ó de interpretación
 - 3.3. Errores aliterativos
 - 3.4. Errores por falta de conocimiento
 - 3.5. Errores de comunicación
4. ¿Cuáles son las soluciones que se podrían instaurar para disminuir la tasa de error en el diagnóstico radiológico?
 - 4.1. Radiológicos
 - 4.2. Equipos
 - 4.3. Estandarización de los estudios radiológicos
 - 4.4. Equipo de trabajo
 - 4.5. Aprendizaje a partir del error
 - 4.6. Bajo rendimiento del personal
5. Consideraciones médico-legales
6. Conclusiones

1. Introducción

Desde el inicio mismo de la era de la radiología a finales del siglo XIX¹, y hasta nuestros días, los errores en el diagnóstico radiológico por parte de los médicos en general, y los radiólogos en particular, son una causa frecuente de demandas en el campo de la medicina.

Sin embargo, el debate sobre si un error en la interpretación de una prueba de imagen (radiografía simples, TAC, RMN etc...) constituye una negligencia médica no está cerrado, y el mismo ha sido históricamente debatido en los tribunales de justicia (sobre todo de Norteamérica) desde los comienzos de nuestro siglo.

Pero para poder contestar a esta pregunta fundamental, primero se deberían aclarar una serie de preguntas iniciales como ¿es muy frecuente el error médico en la interpretación radiológica? ¿porqué se pueden producir estos errores? ¿se debe juzgar a un radiólogo ó a un médico general por un error de interpretación cuando el juicio diagnóstico se establece a posteriori? ¿hasta donde se puede consentir un error de diagnóstico radiológico sin que este constituya una negligencia?, ¿cómo se pueden prevenir dichos errores?, ¿qué dice la literatura médica y algunas sentencias históricas en este sentido?

Básándonos en la literatura, fundamentalmente Anglosajona, intentaremos ir contestando a todas estas preguntas a fin de poder tener elementos de juicio suficientes en que basar nuestras consideraciones sobre la negligencia profesional en radiología.

2. Errores diagnósticos en radiología. ¿Es un problema frecuente?

El error diagnóstico en radiología es frecuente. Entre el 2-30% de los informes radiológicos pueden tener errores².

Los errores diagnósticos serían los responsables del 45% de los eventos adversos en radiología.

Existen multitud de estudios clínicos que describen las tasas de error en la lectura de las diferentes técnicas radiológicas, aunque la mayoría se han realizado en los errores diagnósticos en la lectura de la radiografía simple de torax (ya que generalmente es la prueba diagnóstica radiológica más utilizada) y

gran parte de ellos se ha centrado en el diagnóstico del cáncer de pulmón. Sin embargo existen también estudios más generales que aportan una visión global del problema.

En el año 2001, *P. Goddard*³, publicó en la revista: *British Journal of Radiology* un artículo de revisión donde estudió la tasa de error diagnóstico en diferentes técnicas radiológicas en los últimos 20 años. En este estudio se valoró la tasa de error en la lectura de Radiografía de torax, TAC (cranial, abdomi

nal y corporal total), Estudios con bario de doble contraste y Resonancia magnética nuclear. En algunos de estos estudios, como por ejemplo la radiografía de torax, se incluyeron los resultados tanto de la lectura de especialistas en radiología como de médicos generales, y en otros estudios se valoró el resultado de la lectura de un único radiólogo o de varios. Los resultados se pueden observar en la Tabla 1.

TABLA 1

Prueba de imagen	% Aciertos	% Errores
- Rx de torax (139) (Especialista en radiología)	91%	9%
- Rx de torax (Médico general)	62%	38%
- Tac craneal (289)	98%	2%
- Tac abdomen y pelvis (98)	84%	16%
- Tac corporal (50)	60%	40%
- Enema bario con doble contraste. 1er radiologo	70,2%	29,8%
- Enema de bario con doble contraste. 2º radiólogo.	83,3%	16,7%
- Resonancia magnética de rodilla	80-94%	6-20%

A juicio de los autores de este estudios, y al nuestro propio, debe sorprender los resultados del estudio sobre todo al observarse la alta tasa de errores radiológicos que se pusieron en evidencia. Estos datos son un ejemplo de que el error en radiología existe y que no es producido por «malos radiólogos», sino que puede ocurrir a cualquiera. Como dijo un experto, «retirar del sistema a todos los radiólogos que han cometido un error diagnóstico hoy, y mañana tendremos la misma tasa de error que tenemos hoy». El error en radiología es humano e inevitable y nunca desaparecerá. El error en radiología es simplemente la varianza normal de un resultado perfecto.

¹ Röntgen, físico Alemán, descubrió los Rayos X en 1895.

² Fitzgerald R. Error in Radiology. *Clinical Radiology* 2001; 56: 938-946.

³ Goddard P, Leslie A, Jones A, Wekeley C, Kabah J. Error in Radiology. *The British Journal of Radiology*. 74(2001): 949-951.

El concepto de error es en cierta medida un concepto que añade un componente peyorativo ya que implica que algo se ha hecho mal, aunque en realidad entraría dentro de lo esperable.

Pero para ilustrar la dificultad del diagnóstico radiológico y los factores que pueden influir nos vamos a centrar en el estudio de la radiografías simples, y sobre todo en el estudio/diagnóstico precoz del cáncer de pulmón.

Distintos estudios han reconocido la alta variabilidad en la interpretación de radiografías simples aún entre radiólogos experimentados. En un estudio comparativo realizado en radiografía simples seleccionadas al azar hubo discrepancias significativas entre el 5% y el 9% de los observadores⁴, que en la radiografía de torax, específicamente, **se elevaba hasta el 11-19%**.

Esta variabilidad en la interpretación de la radiología de torax también se puede evidenciar en el **diagnóstico precoz del cáncer de pulmón**. Se sabe que el fallo a la hora de detectar el cáncer de pulmón mediante la radiografía de torax puede llegar a ser una de las causas fundamentales de error diagnóstico en radiología, siendo **una de las causas más importantes de acciones médico-legales**.

Existen estudios específicamente diseñados para valorar la incidencia de errores en el diagnóstico de cánceres de pulmón con lesiones radiológicas ya evidentes en la primera radiografía de torax realizada.

En concreto se ha valorado específicamente este problema en el **cáncer de pulmón de células pequeñas (oat cell)**, aunque los resultados son probablemente aplicables a otros cánceres de pulmón.

En la literatura, la proporción de cánceres de pulmón no diagnosticados en la radiografía de torax de inicio varía entre el **25 y el 90%**⁵, entre diferentes estudios. Sin embargo dichos estudios presentan diferencias metodológicas importantes, por lo que habría que, razonablemente reducir las tasas de error en el diagnóstico precoz del cáncer de pulmón entre el **20- 50%**⁶.

En este estudio se analizaron las primeras radiografías de torax realizadas a pacientes con un diagnóstico anatomopatológico definitivo de cáncer de pulmón. Estas radiografías iniciales fueron evaluadas por dos radiólogos diferentes, los cuales no conocían el diagnóstico final de cáncer de pulmón. En caso de que al menos uno de estos radió-

logos no encontrase alteración sugerente de neo pulmonar en dicha radiografía de torax, la misma era evaluada por un tercer radiólogo independiente de otro centro hospitalario. Si este radiólogo tampoco observaba la lesión inicial, dicho paciente entraba en el grupo de los pacientes no diagnosticados.

Se evaluó diferentes lesiones radiológicas que podrían sugerir la existencia de una neoplasia subyacente. Entre las lesiones valoradas destacan:

- Nódulos pulmonares.
- Atelectasias.
- Derrame pleural.
- Lesiones parenquimatosas diferentes de los nódulos (ej: infiltrados alveolares)

Siguiendo este procedimiento, 49 de los 259 pacientes que entraron en el estudio (el 19%) con una lesión nodular no se detectaron en la radiografía inicial. De estos 49, en 16 tampoco se observó dicha lesión en dos radiografías de torax consecutivas. **La mayoría de las lesiones fueron localizadas en la periferia del pulmón (56%) y los lóbulos superiores (66%)**, aunque no existían grandes variaciones respecto a los cánceres de pulmón sí diagnosticados mediante la radiografía inicial.

En general los **nódulos pulmonares pequeños** son frecuentemente pasados por alto debido a que las **lesiones son poco llamativas**, pudiendo, incluso, existir una **superposición de estructuras hiliares y mediastínicas**, vasos sanguíneos, clavículas o costillas. Por otra parte una radiografía realizada con una mala calidad técnica también puede ser causa justificante de dichos errores.

En general la superposición de estructuras se observó más frecuentemente en casos de errores diagnósticos iniciales, así como diámetros pequeños de la lesión pulmonar. También el **retraso de las manifestaciones clínicas fue más prolongado**.

La tasa de error en el diagnóstico de nódulos pulmonares difiere ligeramente según las lesiones sean hiliares, parahiliares o periféricas. Las lesiones hiliares son más frecuentes (21%), seguidas por las periféricas (19%) y las parahiliares (17%). No se estableció específicamente el ensanchamiento mediastínico, u otras lesiones en el mediastino como imágenes específicamente sugerente de cáncer de pulmón.

⁴ Robinson P.J.A; Wilson D. et al. Variation between experienced observers in the interpretation of accident and emergency radiographs. Brit. J. Radiol. 1999 72. 323-330.

⁵ Lorentz G.B.A. Quekel; Alphons G.H. Kessels; Reginald Goei. Miss Ragte of Lung Cancer on the Chest Radiograph in Clinical Practice. Chest. 1999. 115; 720-724

⁶ Idem

Respecto al diámetro de las lesiones, parece claro que en general el diámetro de los nódulos pulmonares en mm es mayor en las lesiones diagnosticadas al inicio que en las no diagnosticadas en todas las localizaciones. Sin embargo parece que en las lesiones hiliares el diámetro medio de las lesiones no diagnosticadas se acerca al de las diagnosticadas (27 vs 35 mm) respectivamente. Siendo el intervalo de confianza de las no diagnosticadas entre 11 y 32 mm. En el caso de las lesiones parahiliares sería de (17 vs 40 mm) y las periféricas de (13 vs 40 mm). Es de destacar que **el error diagnóstico inicial puede ocurrir incluso con lesiones pulmonares grandes que pueden llegar a superar los 3 cm.**

Como decimos la tasa de error diagnóstico varía en función del diámetro de la lesión pulmonar. En lesiones < 10 mm la tasa de error diagnóstico es del 72%. Entre 10 y 30 mm la tasa de error es del 28%, y entre 30 y 40 mm dicha tasa de error es del 12%. **Las lesiones por encima de 40 mm no fueron pasadas por alto.**

Se podría decir que las lesiones que presentan tamaños superiores a 21 mm no deberían estar condicionadas por la superposición de estructuras y se deberían ver, aunque la realidad es que en un porcentaje notable de casos dichas lesiones no se observan, siendo muy difícil mejorar dichas cifras ya que están acordes con otros datos obtenidos en la literatura.

Por otro lado la **media de días de retraso diagnóstico** en los pacientes en los que no se detectó la alteración radiológica en la radiografía de inicio fue de **472 días**, mientras en los que se observó anormalidad en la radiografía de torax de inicio dicha media cayó a 29 días.

En este estudio el 75% de los pacientes con cánceres no diagnosticados tuvieron un retraso diagnóstico de > 6 meses y 8 pacientes incluso de > 3 años.

En el 57% de los paciente no diagnosticados al inicio es Estadío del tumor no cambió al diagnóstico y en el 43% de los casos si varió el estadio, pasando de un estadio T1 a un estadio T2. Esto viene a significar que en el caso de que no existan metástasis a distancia, en el 43% de los pacientes en los que no se halla diagnosticado el tumor al inicio, el porcentaje de supervivencia a los 5 años caerá un 23%.

En otros estudios, algunos autores han señalado también que la **preferencia de las lesiones no diag-**

nosticadas está en los lóbulos superiores. Se ha señalado, como posible explicación a estos hallazgos, la existencia de estructuras anatómicas cercanas que podría confundir como es el ejemplo de las estructuras vasculares.

Como ejemplo de esto último podemos decir que las lesiones hiliares pueden ser confundidas fácilmente debido a la variabilidad anatómica de los hilios pulmonares.

En otro orden de cosas, el contorno de los bordes de las lesiones pulmonares también pueden orientar hacia el diagnóstico tumoral. En este estudio el hecho de que las lesiones tuviesen un borde poco nítido o borroso hizo caer la posibilidad de un diagnóstico inicial correcto hasta un 73%.

Se han realizado diversos estudios en los que se han evaluado las posibilidades de error de diferentes médicos, tanto radiólogos como médicos especialistas no radiólogos en los que se evidencia tasas de error de hasta el 15%. En una revisión realizada por **P. Goddard**⁷, se establece que en la radiografía de torax de 139 niños con un tumor sólido o leucemia, la tasa de error entre el radiólogo es del 9%, siendo entre **otros médicos del 38 y el 54%** respectivamente. Con una tasa global de **falsos negativos: 20-30% y de falsos positivos del 2-5%**.

El 4% de las radiografías evaluadas por los radiólogos en su día a día presentan errores diagnósticos.

La mayoría de estos errores diagnósticos suelen ser leves y no suelen tener repercusiones para el paciente. Sin embargo en algunos casos dichos errores pueden tener repercusión para el paciente.

Estos errores diagnósticos se han validado también para las neoplasias de pulmón. En un estudio se demostró que en una serie de cáncer de pulmón, **el 90% de los casos en las radiografías de torax que inicialmente se informaron como normales ya presentaban signos radiológicos sugerentes de cáncer de pulmón**⁸.

Estos mismos datos se han evaluado en casos de cáncer de mama diagnosticados mediante mamografía. **En el 75% de los casos de cáncer de mama con mamografía de mama inicial normal, que fueron diagnosticados subsecuentemente ya presentaban signos radiológicos de cáncer de mama en la mamografía del inicio**⁹.

⁷ Goddard P, Leslie A, Jones A. British Journal of Radiology. 2001; 74: 949-951.

⁸ Muhm JR, Millar WE, Fontana RS, Sanderson DR. Lung Cancer detected during a screening program using four-month chest radiographs. Radiology 1983; 148:609-615.

⁹ Harveny JA, Fajardo LL. Previous mamograms in patients with palpable breast carcinoma: retrospective vs blinded interpretation. AJR 1993; 161:1167-1172.

3. Tipos de errores en el diagnóstico radiológico y sus causas

Los errores de diagnóstico pueden calificarse en:

1. Errores de percepción.
2. Errores de razonamiento.
3. Errores Aliterativos.
4. Errores por falta de conocimiento.
5. Errores por mala técnica (inadecuada posición o exposición).

3.1. Errores de percepción

Se producen cuando el radiólogo no aprecia características que están claramente presentes en la imagen. Como hemos visto anteriormente, pueden darse incluso entre radiólogos experimentados que interpretan imágenes de buena calidad y con la información clínica disponible¹⁰.

En realidad dichos errores son una forma de **falso negativo**, el cual es el **error más frecuente en radiología, representando entre el 60-80% de los errores en dicha especialidad**. En este contexto los falsos negativos serían cinco veces más frecuentes que los falsos positivos. Los errores de percepción serían cuatro veces más frecuentes que los errores por razonamientos equivocados o por falta de conocimientos.

Dichos errores de percepción son definidos como **«caprichos de percepción, interrupción perceptual ajena a negligencia que correspondería más bien a un fenómeno psicovisual inmutable»**.

Pese a haber sido objeto de un extenso análisis, todavía no se conoce porqué se producen, y no se conoce la respuesta a porqué dichos hallazgos no se informan, cuando vistos en retrospectiva son obvios.

Pero más allá de la falibilidad propia del ser humano, se pueden mencionar distintos factores que actuarían como inductores de este tipo de errores:

- a) **La Fatiga:** El efecto de la fatiga en la comisión de errores radiológicos es un hecho evidente y sus implicaciones médico-legales han sido resaltadas en numerosos estudios^{11, 12, 13}.

- b) **Las interrupciones y las distracciones repetidas:** Las cuales dan lugar a una distracción que facilita este tipo de errores.
- c) **Malas condiciones de visualización:** Malas condiciones de los negatoscopios, de los monitores y de la luz ambiente.
- d) **Lesiones múltiples:** Un error de percepción habitual es comunicar un solo hallazgo en lesiones que tienen más de uno. Está ligado a un fenómeno psicológico conocido como **«satisfacción en la búsqueda»**¹⁴.

E.- Tiempo destinado a informar la prueba radiológica: Varios estudios han demostrado que un mayor tiempo de lectura no disminuiría el error de percepción en el caso de radiografía de torax. En este caso se debe concluir que las imágenes deben ser analizadas en el tiempo suficiente para hacer el diagnóstico y no más.

Desde el punto de vista médico legal, estos errores son los más difíciles de **defender y de juzgar**, ya que los peritos y el juez deben evaluar si la falta de diagnóstico de una lesión es **admisibles para el estándar de práctica del profesional promedio**.

A la hora de analizar estos casos habría que tener muy en cuenta el llamado **sesgo del análisis retrospectivo**, y que puede explicar en gran parte porqué vistas la radiografías iniciales una vez conocido el diagnóstico se observan lesiones que no se vieron en su momento. Dicho sesgo es muy importante y debería ser enfatizado a la hora de defender estos casos.

En un trabajo de 1995 Hendrix¹⁵ defiende dicho sesgo, aludiendo que el que enjuicia una prueba diagnóstica a posteriori conociendo el diagnóstico final posee una información que condiciona su posterior visión de la prueba diagnóstica inicial, y por lo tanto favoreciendo la visión de la lesión a posteriori.

3.2. Errores de juicio ó de interpretación

Se producen cuando se identifican los hallazgos radiológicos, pero los mismos son **interpretados erróneamente**, como resultado de un sesgo en la res-

¹⁰ Berlin L. Perceptual errors and negligent. AJR 170, April 1998. 863-867.

¹¹ Ver nota Nº1.

¹² Oestmann RE; Green R et al. Lung lesions: correlation between viewing time and detection. Radiology, 1988; 166:451-453.

¹³ Berlin L. Liability of interpreting too many radiographs. AJR 2000; 175: 17-22.

¹⁴ Berbaum KS; Franjen EA et al. Satisfaction of search in diagnostic radiology. Invest Radiol 1990; 25: 133-140.

¹⁵ Hendrix RW: In defense of a missed lesion. Radiology 1995: 195: 578.

puesta, una lógica diagnóstica equivocada, o a una «laguna» de conocimiento^{16,17}.

La radiología, al contrario que otras campos del diagnóstico como la histología o la microbiología, no efectúa diagnósticos de «certeza» o «cuasi de certeza», si no que ofrece diagnósticos de **presunción**, que derivan de la **interpretación de las imágenes**. **Esta limitación tiene que ser necesariamente tenida en cuenta a la hora de realizar un juicio radiológico.**

En este tipo de errores se llegan a conclusiones incorrectas a pesar de la adecuada formación del radiólogo y a una buena calidad de la imagen.

En este tipo de errores, sobre todo cuando se discuten en casos médicos-legales de responsabilidad profesional, **los radiólogos no pueden explicar** porqué llegaron al diagnóstico equivocado. En un trabajo publicado en 1967¹⁸, Smith considera que este tipo de errores se deben a «inadecuados mecanismos de razonamiento», el cual es un fenómeno común entre los radiólogos, que se estima como el responsable del 10% de los errores de la especialidad. Este tipo de error se explica porque los radiólogos, luego de percibir un hallazgo específico de una patología, dejan de considerar en otras posibilidades alternativas. Esto se explica porque el funcionamiento mental normal **combina simultáneamente** la percepción de una anomalía con la noción diagnóstica de la misma, y esta noción es generalmente tan fuerte que **rechaza otras fuentes de información** que podrían haber modificado el diagnóstico final. Su conclusión es que **se pierden más diagnósticos por no pensar en ellos o por no buscarlos que por desconocerlos.**

Otra forma posible de razonamiento defectuoso podría deberse a la **excesiva influencia que ejerce la experiencia personal de cada radiólogo** (el pensar que un diagnóstico particular es raro porque nunca se ha visto uno antes). Aunque el hecho de que un caso sea raro y que no se haya visto antes no es motivo para que no pueda ocurrir. Es por ello que también los radiólogos experimentados pueden equivocarse en tanto que ellos confían demasiado es sí mismos y no estudian el casos con la adecuada o conveniente diligencia. Esto que sirve en la gran mayoría de los casos no complicados, en ocasiones

se torna poco eficiente e inseguro en los casos difíciles o poco frecuentes.

En la producción de estos errores pueden influir además diferentes tipos de prejuicios («Bias»):

El primero («Availability bias») consistiría en que el radiólogo tenga facilidad para recordar casos similares lo que induciría a interpretar un caso concreto como similar a un caso previo que recuerde lo que provocaría la realización de un juicio incorrecto por dicho motivo, lo que conllevaría la consecuente equivocación.

El segundo («Regret Bias») consistiría en realización una estimación de la probabilidad subjetiva de que un evento ocurra al interpretar la imagen, lo cual, si esta es baja, nos llevaría a no realizar un diagnóstico de este proceso basándonos en dicha subjetividad de que el evento sea poco frecuente.

El tercero («Framing Bias») ocurre cuando la respuesta radiológica ante una imagen determinada, está indudablemente influida por la información clínica recibida por el radiólogo, o por la pregunta realizada previamente por el radiólogo.

La radiología exige e implica la toma de decisiones realizadas bajo **condiciones de incertidumbre**¹⁹, y por ello todas esas decisiones tienen un **tasas de error**. Los radiólogos pueden errar mediante la descripción de lesiones que realmente no lo son en realidad (**falsos positivos**), como por la no descripción o apreciación de lesiones que luego sí lo son en realidad (**falsos negativos**).

En algunas ocasiones, los comentarios radiológicos a pesar de no ser inexactos pueden ser vagos o no indicar claramente un diagnóstico radiológico que pueda motivar una toma de decisiones adecuada al clínico, lo que en ocasiones podría condicionar un retraso en el diagnóstico u motivar otros estudios u acciones diagnósticas invasivas que generen un riesgo añadido.

Hobby et al han puntualizado que en muchas ocasiones los informes radiológicos abusan de expresiones verbales de probabilidad. Ellos sugieren **evitar** expresiones como «no hay evidencia de», «aparentemente ausente», «no es posible excluir», «aparentemente presente». Incluso la comúnmente utilizada expresión «posible» podría mostrar un amplio rango de interpretación de probabilidad a juicio de este autor²⁰.

¹⁶ Berlin L. Possessing ordinary knowledge. *AJR* 1996; 166: 1027-1029.

¹⁷ Berlin L. Errors in judgement. *AJR* 1996; 166: 1259-1261.

¹⁸ Smith MJ. Error and variation in diagnostic radiology. Springfield IL: Thomas 1967: 33-63.

¹⁹ Potchen EJ, Cooper TG, Sierra AE, et al. Measuring performance in chest radiography. *Radiology*. 2000;217:456-459.

²⁰ Hobby JL, Tom BDM, Todd C, Bearcroft PWP, Dixon AK. Communication of doubt and certainty in radiological reports. *Br J Radiol* 2000;73:999-1001.

La claridad y la certeza transmitidas en el informe radiológico es particularmente importante, ya que del resultado diagnóstico se deriva un potencialmente un resultado terapéutico para el paciente.

De todas formas, y como ya hemos repetido anteriormente en este texto, incluso en los informes radiológicos/juicios radiológicos aparentemente precisos como en la medida de un tumor mediante TAC, puede existir una **variabilidad interobservadores de hasta el 15% y una variabilidad intraobservador de hasta el 6%**²¹.

Desde el punto de vista medio-legal es muy difícil determinar el punto en el cual un error en el razonamiento del radiólogo constituye negligencia.

Dichos errores no se pueden erradicar, pero se podrían disminuir si se considerasen adecuadamente estas medidas:

- Poder contar con la mayor cantidad de información clínica posible.
- Poder consultar los estudios e informes previos. Esto en muchas ocasiones se hace particularmente difícil.
- Evitar los diagnósticos instantáneos o rápidos. Tomarse el suficiente tiempo para la reflexión es esencial.
- Realizar esfuerzos conscientes para aumentar el número de diagnósticos diferenciales. Esto debe ayudar para evitar las compulsiones o las conclusiones rápidas. Siempre, antes de finalizar un estudio se debería realizar la siguiente pregunta: ¿Hay algún otro diagnóstico aparte del realizado que pueda explicar el hallazgo evidenciado?.
- Poder consultar con colegas y con el médico que indicó el estudio antes de realizar su informe final. De esta manera pueden surgir otras posibilidades diagnósticas que no fueron consideradas en soledad.
- Evitar guiarse exclusivamente por su propia experiencia y mantener la mente abierta a todas las posibilidades diagnósticas. La máxima es clara «si no se piensa en una determinada enfermedad jamás se diagnosticará».

3.3. Errores aliterativos

Son los errores consistente en la repetición, en sucesivos informes, del error cometido por otros radiólogos.

Dicho término fue acuñado por *Smith* y se produce cuando el error cometido por un radiólogo en la primera interpretación se suscriben en informes radiológicos posteriores de forma acrítica («error de cortar y pegar»). Se produce cuando el radiólogo lee el informe anterior antes de interpretar la imagen actual y antes de revisar las obtenidas previamente. Así, está más inclinado a adoptar la misma opinión de su colega o la suya propia previa, adoptando una noción preconcebida que lo lleva a no plantearse los necesarios diagnósticos diferenciales.

Si bien no se discute la utilidad que tiene el poder comparar la imagen actual con imágenes previas, algunos autores sostienen que **el radiólogo debería evitar en forma consciente la influencia de informes anteriores**.

La manera de gestionar este riesgo tendría que ver con la secuencia rutinaria que se utiliza al leer las imágenes. Se debería evaluar primero la imagen actual, revisar a continuación las imágenes previas y, una vez formada la impresión diagnóstica, leer los informes previos para evitar ser influenciados y añadir un nuevo sesgo²².

3.4. Errores por falta de conocimiento

Estos errores son aquellos que se producen por falta de conocimientos en la materia específica que constituye la radiología.

Existen ciertos conocimientos que **se consideran básicos**, tanto para los médicos generales como para los radiólogos. Estos conocimientos básicos, al menos, los deberían poseer todos los radiólogos.

Sin embargo, la práctica de la radiología es cada vez más compleja y la cantidad de investigaciones y técnicas posibles es cada vez más amplia.

En el momento actual, para el ejercicio de la medicina moderna se requiere un progresivo grado de subespecialización, subespecialización que únicamente se puede lograr en los grados hospitalares. Todos los especialistas en radiología deberían tener unos conocimientos básicos en todas las técnicas radiológicas. **Sin embargo no están claramente definidos los conocimientos radiológicos básicos que han de poseer los especialistas no radiólogos**.

Las causas más frecuentes de errores por falta de conocimiento serían:²³

²¹ *Brealy S Review. Measuring the effects of image interpretation: an evaluative framework. Clin Radiol 2001;56:341-347.*

²² García CM. Anatomía del error en radiología. Revista Chilena de Radiología. 2003 Vol 9 N°3. 144-150.

²³ Morales Santos A. Gestión del riesgo en un servicio de radiología. Todo Hospital. Junio 2007/237:349-365.

- Conocimiento inadecuado de la anatomía normal.
- Desconocimiento de las variedades anatómicas normales.
- Desconocimiento de las variables de desarrollo y de crecimiento. (esta causa puede ser una fuente especial de error en radiología pediátrica).

Las lagunas de conocimiento se estima que son responsables de muy pocos casos de errores diagnósticos en radiología. En un estudio de Renfrew's (1992)²⁴ solo 2 de los 182 casos estudiados en dicha serie se atribuyeron a errores de conocimiento, lo cual está corroborado por otros autores²⁵.

Sin embargo dichas difras pueden estar infraestimadas, sobre todo teniendo en cuenta el rápido avance de la radiología, y la necesidad de ponerse al día en técnicas cada vez más novedosas y de rápida evolución, teniendo en cuenta además, la necesidad de que el radiólogo debe tener conocimientos «ordinarios y adecuados» no solo en su campo de especialidad concreto si no también en otras áreas sobre todo para su actuación en las horas de urgencias²⁶.

Los errores Diagnósticos en Radiología.

Existen dos tipos de prejuicios o visiones parciales a la hora de enfocar o criticar la actuación de un error de diagnóstico radiológico.

3.5. Errores de comunicación

Sobre el 10% de los pacientes, en la serie de Renfrew's, fueron víctimas de errores de comunicación. En este grupo se incluyen las exámenes radiológicos obtenidas de pacientes equivocados, exámenes incorrectas realizadas sobre pacientes, retraso en el diagnóstico porque la imágenes radiológicas fueron retiradas del departamento de radiología antes de que las mismas fueran informadas por el radiólogo, fallo en las alertas a los clínicos de referencia cuando se ha encontrado un hallazgo importante sospechado ó, sobre todo, insospechado.

En este sentido el Colegio Americano de Radiología aconseja a los radiólogos que realicen sus informes radiológicos de una manera rápida. Además

también se aconseja que los informes sean leídos previamente a ser emitidos oficialmente.

Por otra parte se ha indicado en un estudio que aproximadamente el 10% de los informes radiológicos sufrieron un retraso considerable en llegar a los clínicos y que en un 10% dichos informes llegaron a los médicos equivocados²⁷.

4. ¿Cuáles son las soluciones que se podrían instaurar para disminuir la tasa de error en el diagnóstico radiológico?

Es evidente que para intentar solucionar o al menos mejorar la tasa de error hay que realizar una aproximación al problema de manera sistemática, atendiendo a diferentes áreas de atención que incluirían:

1. Trabajadores (Radiólogos).
2. Equipos técnicos radiológicos.
3. La Estandarización de los estudios.
4. El equipo de trabajo.
5. El análisis del error.
6. Bajo rendimiento del personal.

4.1. Radiólogos

El **exceso de carga de trabajo** puede conducir al error. Oestmann et al, demostraron que la exactitud en la detección de cánceres de pulmón se disminuyó de manera proporcional al tiempo que los radiólogos pudieron dedicar a la observación de las radiografías, y ello derivado de la sobrecarga de trabajo²⁸. *Bechtold et al*, encontraron que la tasa de error en los informes radiológicos de TAC abdominales fue más del doble cuando los radiólogos informaron más de 20 estudios al día. Por otro lado habría que reconer que el radiólogo tiene una obligación de cantidad, pero sobre todo de calidad, y además se debería comprender que no todos los radiólogos pueden o deber trabajar a la

²⁴ Renfrew DL, Franken EA, Berbaum KS, Weigelt FH, Abu-Yousef MM. Error in radiology: classification and lessons in 182 cases presented at a problem case conference. *Radiology* 1992; 183:145-150.

²⁵ Senate of Surgery of Great Britain and Ireland. Response to the General Medical Council Determination on the Bristol Case. October 1998. Senate Paper 5. C5.

²⁶ Berlin L. Possesing ordinary knowledge. *Am J Roentgenol* 1996; 166:1027-1029.

²⁷ Brenner RJ, Lucey LL, Smith JJ, Saunders R. Radiology and medical malpractice claims: a report of the practice standars claims survey of the Physician Insurers Association of America and the American College of Radiology. *Am J Roentgenol* 1998;171:19-22.

²⁸ Oestmann JW, Green R, Kushner DC, Bourgouin PM, Linetsky L, Llewellyn HJ. Lung lesions: correlation between viewing time and detection. *Radiology* 1988;166:451-453.

misma velocidad. Las implicaciones médico legales de una tasa de informes radiológicos realizados significativamente más rápido (o más alta) que la media indicada o recomendada ha sido descrita²⁹.

4.2. Equipos

Los equipos deben ser **adecuados técnicamente**, incluyendo razonablemente las innovaciones tecnológicas que se van produciendo. Además **el mantenimiento** debe realizarse de manera regular y **el recambio** de los mismos cuando la edad establecida por el fabricante se cumple ha de realizarse puntualmente. La existencia de **PACS** (picture archive and communication system), sistemas que pueden ayudar a reducir el error por su capacidad para ver imágenes previas y comparar, es esencial para un correcto manejo de las pruebas de imagen. Los **ANN** (Artificial neural networks) pueden ayudar al juicio radiológico.

4.3. Estandarización de los estudios radiológicos

Se deberían realizar protocolos de lectura y evaluación de los estudios radiológicos. Estos sistemas de protocolización están recomendados por el American College of Radiology. Esta estandarización necesita tener una adecuada evidencia científica. Además se necesita tener un personal adecuado a poder simultanear su actividad laboral con la realización de protocolos a tal efecto. Se deberían, si no se puede conseguir una estandarización general, al menos conseguir la misma en determinados campos como por ejemplo en el examen oncológico.

4.4. Equipo de trabajo

Una de las recomendaciones de la iniciativa *errar es humano*³⁰ es la **promoción de un efectivo funcionamiento en equipo**. Las personas cometen menos errores cuando se trabaja en equipo. Cada miembro del departamento de radiología debería **sentirse útil**

y **valorado**. *Balbin*, ha observado que cuando los individuos trabajan con otras personas en un grupo, cada miembro individual del grupo aporta **dos tipos de rol** a la relación. **El rol funcional** que depende de las habilidades técnicas y del conocimiento operacional, y **el rol basado en la personalidad individual**, el cual es frecuentemente pasado por alto. Este último es básico ya que a largo plazo es el rol que determina como se pueden integrar la experiencia y las habilidades en el rol funcional. Los miembros del equipo necesitan ser conscientes de los diferentes roles de los miembros del equipo.

Además la única forma en que la actuación individual puede mejorarse es mediante un **refuerzo positivo** mediante el **reconocimiento, elogio y estímulo** de los demás miembros del equipo³¹.

Armstrong y Waters observaron que el hecho de que el radiólogo **no tenga contacto directo con el paciente** es un problema relativo ya que impide al radiólogo tener un feedback que otros médicos tienen en abundancia. Por ello, y a fin de mejorar este aspecto se ha recomendado los **encuentros entre clínicos y radiólogos**³². Las consultas o intercambio de información y de opiniones incluso de manera informal o por mero contacto telefónico entre clínicos y radiólogos ha demostrado mejorar la moral de los radiólogos e incluso **puede cambiar el diagnóstico clínico inicial en hasta un 50% y la terapia hasta en un 60% de los casos**³³.

Los radiólogos necesitan comprender la esperanza que tienen los clínicos y los pacientes en la ayuda que ellos les pueden aportar. Aunque los clínicos deben tener una idea clara y profunda de las **limitaciones de la radiología**. Además es muy importante, se diría más, básica, la **importancia de la información clínica en la interpretación de las anomalías radiológicas** las cuales muy frecuentemente no son específicas de ninguna enfermedad en concreto.

Por otra parte se ha señalado la **importancia de los «coffee breaks» y de los «lunchtimes»**³⁴, ya que en estos momentos se pueden desarrollar habilidades sociales lo cual también es importante porque muchos radiólogos son emocionalmente poco desarrollados. En este sentido el curriculum de los radiólogos (y el de todos los médicos en general), deberían

²⁹ Berlin L. Liability of interpreting too many radiographs. *Am J Roentgenol* 2000;175:17-22.

³⁰ Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS. *Creating safety systems in health care organizations*. In: *To Err is Human: Building a Safer Health System*. Washington, DC, USA: National Academy Press, 2000: 155-201.

³¹ Daniels AC. *Behaviour is a function of its consequences*. *Bringing Out the Best in People*. New York, USA: McGraw-Hill, 2000: 25-33.

³² Armstrong P, Waters DB. *Job stress and satisfaction among clinical radiologist (invited commentary)*. *Clin Radiol* 2000;55:186.

³³ Dalla Palma L, Stacul F, Meduri S, Geitung JT. *Relationships between radiologist and clinicians: results from three surveys*. *Clin Radiol* 2000;55:602-605.

³⁴ Robert G. *Burnout and how to survive it. Doctors and their Health*. In: Sutton, Surrey, UK: Reed Healthcare, 2000: 36-43.

incluir el **desarrollo de habilidades de comunicación**. Los radiólogos deberían **sentirse suficientemente seguros** en sus departamentos para fácilmente **buscar consejo y ayuda** en cuestiones en las que tengan dudas o les falten conocimientos suficientes. Además es una manera de compartir conocimientos con los compañeros y colegas. **Las reticencias a la puesta en práctica de todas estas medidas sociales de compartir conocimientos son incompatibles con la cultura de la seguridad en radiología.**

El hecho de poder formar equipos más amplios con otros especialistas hospitalarios, así como la **subespecialización** en determinadas áreas de la radiología puede hacer disminuir las tasas de cáncer de pulmón, donde la seguridad diagnóstica de los radiólogos subespecializados en este problema llega a ser de entre el 88-97%³⁵. Esta colaboración entre **equipos multidisciplinares** es básica porque permite compartir información en diferentes contextos clínicos.

La utilización de una adecuada instrucción/formación en todas estas cuestiones, al igual que la formación continuada en radiología es muy importante. No hace falta un periodo de instrucción muy prolongado. Estos periodos de instrucción periódicos se han demostrado eficaces, lo cual se comprobó en el estudio ECASS II.

Finalmente decir que el radiólogo debería aportar al clínico información sobre qué técnicas radiológicas son las más adecuadas para el diagnóstico de un proceso, e incluso proponer **cuales son los estudios subsecuentes** que habrían de realizarse en caso de que los primeros no hubiesen aportado la información requerida.

4.5. Aprendizaje a partir del error

Los sistemas de aproximación al error enfatizan claramente el **aprendizaje a partir de los fallos cometidos previamente**. Esto ocupa un lugar fundamental en la prevención de las recurrencias y es mucho más efectivo que castigar o penalizar al individuo que se ha equivocado.

Es importante que en los departamentos de radiología, donde es habitual encontrarse con un error de diagnóstico, dicho error sea traído a colación y

analizado en una crítica sensible y constructiva de manera que se pueda aprender, tanto el individuo que cometió el error como el resto de sus colegas. Esto es promover la cultura de la seguridad en radiología. Esta cultura de la seguridad solo se podrá conseguir cuando el radiólogo que ha cometido un error realice un feedback positivo realizando una **vista crítica de su error y aprenda de la experiencia**.

Un ejemplo de cómo se puede gestionar este tema es el programa desarrollado en el Reino Unido (UK) denominado *Building a Safer NHS for Patients* que resumen los principios del Sistema Nacional de Salud del Reino Unido sobre el aprendizaje a través de los errores y consecuencia adversas de los mismos. Este sistema es confidencial y se basa en el análisis sistemático de las causas del error³⁶.

4.6. Bajo rendimiento del personal

Habría que tener en cuenta la posibilidad de que problemas personales de los radiólogos puedan dar lugar a un bajo rendimiento, y aumentar así la posibilidad de error. Estos problemas pueden ser de índole personal (enfermedades agudas o crónicas, problemas personales de tipo económico, conyugal, etc...) o bien afectar a los familiares. También en este sentido se pueden producir bajas laborales, las cuales deberían ser cubiertas por parte de los responsables de los Servicios de Radiología a fin de no cargar el trabajo del resto de los radiólogos lo que aumentaría la probabilidad de error. Desde el punto de vista personal se pueden poner en marcha diferentes programas de ayuda a los profesionales mediante el consejo confidencial a los médicos con problemas de diversa índole a fin de que no disminuyan su rendimiento. Un ejemplo de estos programas desarrollado en el Sistema Nacional de Salud del Reino Unido denominado *Supporting Doctors, Protecting Patients* que se está utilizando con muy buenos resultados³⁷.

También se están poniendo en práctica diferentes **evaluaciones para detectar médicos/radiólogos con serios problemas de rendimiento**. De todas formas, parece ser que aunque estos programas detectan con facilidad a este tipo de profesionales, su resolución suele ser muy complicada.

³⁵ Loughrey GJ, Carrington BM, Anderson H, Dobson MJ, Lo Ying Ping F. The value of specialist oncological radiology review of cross-sectional imaging. *Clin Radiol* 1999;54:149-154.

³⁶ A blueprint for the new national system for learning from adverse events and near misses. IN: Building a Safer NHS for Patients. London: Department of Health, 2001: 31-44.

³⁷ The current approach to poor clinical performance in the NHS. In: *Supporting Doctors, Protecting Patients*. London: Department of Health. 2001: 31-44

Rosenthal a puntualizado que la calidad de la relación interpersonal entre los radiólogos puede ser básica en la disminución de la tasa de errores, de hecho un análisis en el norte de Holanda muestra que el mal funcionamiento de un Hospital se encuentra en otros motivos en un déficit de habilidades sociales, incapacidad para trabajar en equipo e incompatibilidad de temperamentos, lo que aumenta la probabilidad de error.

En algunas ocasiones se han detectado críticas maliciosas acerca de los errores de ciertos compañeros, estas críticas no constructivas no se deberían producir y aquellos radiólogos que favorecen estas acciones deberían ser incluidos en estrictos procedimientos disciplinarios.

5. Consideraciones Médico-Legales

El error en radiología entra dentro del concepto de malpraxis médica. Muchas han sido a lo largo de la historia los nombres que ha recibido este hecho, entre los cuales podemos destacar: eventos adversos, eventos desfavorables; complicaciones médicas; Daños médicos; Cuidado substandard; Daño iatrogénico; percance médico; Error médico; Negligencia médica; Malpraxis médica etc.

En realidad todos estos términos se aplican cuando existe una consecuencia en el paciente resultado de la aplicación de unos cuidados médicos inapropiados.

Una buena **definición de malpraxis** médica sería la de aquella situación producida por el manejo médico, habitualmente en hospitales, e independientemente de la enfermedad subyacente y que **produce un daño o discapacidad o una hospitalización prolongada**.

Respecto a los estudios generales de malpraxis podemos comentar algunos. *Leape et al*, en un estudio que abarcó 310 hospitales, que el 4% de las actuaciones médicas podían constituir daño para el paciente. *Anderson et al*, en un estudio en el que se analizaron 25.000 autopsias, comparando los diagnósticos postmortem con los diagnósticos de presunción premortem, encontró que el 25% de los diagnósticos de presunción eran erróneos³⁸.

En otro estudio, este mismo autor definió la malpraxis médica como «aquellas situaciones en las cuales una decisión inapropiada se tomó cuando en ese momento se podía haber elegido una alternativa

más apropiada». Después de analizar diferentes estudios comprobó que el aproximadamente del 18% de las actuaciones médicas se podrían derivar efectos adversos.

A pesar del conocimiento de estos datos y de la mejoría de las técnicas médicas y de la formación de los profesionales parece sorprendente que **la tasa de errores médicos no ha variado demasiado en los últimos 50 años, eso como decimos, a pesar del avance en los diagnósticos radiológicos y en los test de laboratorio (en lo referente al diagnóstico)**.

Como se dijo anteriormente y se expuso al principio de este artículo, la verdadera cuestión es saber si el error médico en general, y el radiológico en particular constituyen negligencia médica y por tanto si son condenables por los tribunales de justicia.

Es bien sabido, como se explicó en los apartados anteriores, que el error forma parte de la acción del médico y por supuesto del radiólogo, y que a pesar de la optimización y mejora de aquellas circunstancias que pueden llevar más fácilmente al error estos se seguirán cometiendo aún con la mejor formación y mayor responsabilidad de los radiólogos. Se han establecido muchas explicaciones para intentar explicar y justificar dichos errores, sobre todo los errores de percepción, puesto que todavía sigue resultando tremendamente llamativo como una lesión radiológica muy evidente (incluso para un público profano) no pueda ser vista inicialmente por un radiólogo experto. Estos errores de percepción, los cuales justifican alrededor del 80% de los errores diagnósticos en radiología.

Se han querido proponer explicaciones generales como «el factor humano» por *Garland et al* y *Tuddenhan*. «La debilidad de la percepción humana» por *Renfrew et al*. «La naturaleza del método diagnóstico» por *Potche et al*. «La falibilidad necesariamente irreducible que emana de las inseguridades o dudas inherentes en las predicciones médicas que se basan en las observaciones humanas y en las leyes de la ciencia natural» *Anderson et al* ó «una constante inherente a toda actividad humana» por *Leape et al*.

A pesar de todas estas explicaciones, todavía sigue siendo hasta cierto punto incomprensibles ciertos errores en el diagnóstico radiológico, aunque habría que matizar que estos errores seguirán comentándose muy probablemente a pesar de los esfuerzos por evitarlos.

³⁸ Anderson RE. Sensibility and specificity of clinical diagnostic during five decades: toward an understanding of necessary fallibility. JAMA 1989;261; 1061_1067.

Como parece comprensible, **las implicaciones legales de los errores en el diagnóstico radiológico son enormes.** Con mucha diferencia el error de diagnóstico es la causa de denuncia por malpraxis más frecuente que afecta a los radiólogos³⁹.

Brennet et al., encontraron que los errores diagnósticos en radiología representan solo el 8% de todos los errores médicos.

A la hora de evaluar el error diagnóstico radiológico se comete con mucha frecuencia el que se denomina prejuicio de la visión retrospectiva.

El prejuicio de la visión retrospectiva, consiste en la falsa creencia, una vez que ya se conocen los resultados diagnósticos actuales, de que el enjuiciador hubiese predicho ya el resultado con la imagen del pasado⁴⁰.

¿Qué significa esto? Pues significa que el que juzga al radiólogo, otros compañeros radiólogos, los abogados de la acusación, los jueces etc... observan las imágenes radiológicas iniciales con la información posterior de la evolución de la lesión radiológica o con el diagnóstico definitivo, hecho que permite observar la imagen inicial buscando ya una lesión segura, lo que permite a su vez encontrar la lesión inicial sin dificultad, incluso aunque sea una lesión pequeña e incipiente. Sin embargo hay que reconocer y entender que el radiólogo cuando inicialmente lee la prueba de imagen NO cuenta con esa información con la que cuenta el juzgador, hecho que hace más fácil su error.

La existencia de estos errores diagnósticos ha sido y es fuente de disputas médico legales. Muchos de estos errores son simples o excusables no deberían constituir mala praxis ni general responsabilidad profesional^{41, 42, 43}.

Otros errores diagnósticos pueden calificarse como negligentes o inexcusables, aunque la verdadera dificultad para el que juzga radica en determinar que errores diagnósticos son verdaderamente inexcusables y constituyen negligencia de los que no lo son.

Creemos que la mala praxis no se configura por la sola presencia del error. La presencia del mismo es una condición necesaria pero no suficiente. El error solo sería punible cuando, a juicio de peritos expertos, este error ha originado un daño al pacien-

te por una actitud imprudente, negligente o descuidada, o generada por impericia, ignorancia o desconocimiento básico de la propia ciencia.

Revisando la jurisprudencia anglosajona, quizá la pionera en este tipo de denuncias médicas, podemos traer a este artículo algunas sentencias que pueden resultar de interés en el análisis de este tema.

Históricamente el debate en los tribunales de justicia de Estados Unidos sobre la negligencia médica se remonta a los años finales del siglo IXX. Entonces la **Corte Suprema de los Estados Unidos** indicó que «en el orden del error médico, a los médicos no se les puede exigir o pedir el mayor orden de cualificación, ya que esta cualificación solo lo poseen un pequeño conjunto de los médicos, aunque se le debe exigir al menos un grado de habilidad y conocimiento que es el ordinariamente poseído por el común de los médicos que se dedican un campo concreto»⁴⁴.

Esta sentencia sienta precedente puesto que parece ser la primera sentencia que establece que el simple error médico no es motivo de negligencia sino que lo es cuando el daño es consecuencia de una actuación que se desvía de la actuación que podría adoptar el común de los médicos.

Aún más lejos se llega en la **doctrina del error diagnóstico** en el año 1976, cuando una sentencia de la **Corte Suprema de Minesota** absuelve a un patólogo tras un error diagnóstico en el caso de un melanoma maligno de ganglio linfático diagnosticado inicialmente como hiperplasia benigna. La razón expuesta por el tribunal fue la siguiente: «*La negligencia no puede colegirse cuando el hecho no muestra más que un error diagnóstico. Ya que el error diagnóstico solo muestra un error de juicio profesional, y esto constituye en sí mismo un error de juicio y no un caso de negligencia. Un médico no es responsable* de las consecuencias de un **error honesto** o un error de juicio en su diagnóstico».

En 1981 una nueva sentencia de la **Corte de Illinois**, abunda en la diferencia entre error médico y negligencia, siguiendo la doctrina previa en la que la negligencia existiría cuando el daño producido por un error diagnóstico estuviese producido por una actuación que se apartase de lo que hubiese hecho un médico medio. Dice así: «El demandante

³⁹ *Physicians Insurers Association of America and The American College of Radiology. Practice Standards claim Survey. Rockville, MD: Physicians Insurers Association of America. 1997.*

⁴⁰ Hawkins SA, Hastie R. Hindsight: Biased judgements of past events after the outcomes are known. *Psychol Bull* 1990; 107:311-327

⁴¹ Berlin L. Reporting the «missed» Radiologic Diagnosis: Médico Legal and Ethical considerations. *Radiology* 1994; 192: 183-187.

⁴² Berlin L. Defending the missed radiographic diagnosis. *AJR* 2001; 176: 317-322.

⁴³ Berlin L. Does the «missed» radiographic diagnosis constitute malpractice? *Radiology* 1977; 123: 523-527.

⁴⁴ *Ritchie v West. 23III. 329(III-1860).*

debe demostrar que el término medio de los médicos con las condiciones de diagnóstico apropiadas, habría hecho eso en un caso similar... **La prueba de un mal resultado o de un percance no es evidencia de una laguna de conocimiento o negligencia».**

En 1992 la Corte Suprema del estado de Wisconsin, abordó específicamente si el error radiológico constituye malpraxis, a partir de un proceso instruido contra un radiólogo. Este tribunal falló a favor de un radiólogo dictaminando que no fue negligente por equivocarse (no diagnosticar) una fractura de rodilla por metástasis de un cáncer de colon aludiendo lo siguiente: «se debería esperar en la media de los radiólogos que diagnosticasen **lesiones obvias**, pero no ver **lesiones sutiles**... Esperar que todos los radiólogos o la media de los radiólogos diagnostiquen la mayor parte de las lesiones sutiles constituiría elevar la media de los radiólogos a la categoría de perfección, y la perfección es un standard a la cual no todos los profesionales pueden llegar... **A los médicos en el ejercicio de su profesión se les debe exigir cuidados razonables no cuidados perfectos**»⁴⁵.

Esta es la primera sentencia que alude específicamente al error en radiología y establece como criterio de negligencia el infradiagnóstico de **lesiones obvias o muy evidentes**. Además con esta sentencia el juez disminuyó las posibles cargas disciplinarias contra los radiólogos de manera importante.

Dicha sentencia se apeló, siendo confirmada por el nuevo tribunal el cual volvió a enfatizar la distinción entre errores y negligencia y señaló: «La medicina no es un ciencia exacta, e incluso el mejor de los médicos puede errar en su diagnóstico o en su procedimiento. **La cuestión no es tanto si un médico puede equivocarse como si fue negligente**. A menos que el resultado desfavorable estuviese causado **por el fallo conforme a los estándares aceptados de cuidados, no es responsable de negligencia**»

Esta última sentencia sentó el precedente del término **médico razonable**, respecto al de **médico medio** porque la palabra medio comporta una falacia en su formulación ya que **no conlleva una relación con lo que es razonable**. Aquellos que poseen menos habilidades que la media pueden ser todavía competentes, razonables y cualificados (y al contrario).

El término razonable tampoco está exento de ambigüedades ya que no queda claro que es lo razo-

nable en medicina y menos en radiología sobre todo cuando, como hemos visto, pueden existir una tasa alta de errores diagnósticos supuestamente realizados por médicos razonables o que al menos han demostrado ampliamente su competencia profesional. Todos los expertos en radiología explican como simplemente todos los radiólogos no pueden detectar todas las anomalías en todas las radiografías. Los expertos explican que el fenómeno del error de percepción ocurre cuando un radiólogo competente y diligente revisa una radiografía siguiendo todos los procedimientos y protocolos así como realizando todas las técnicas propias y falla en percibir una anomalía la cual retrospectivamente es aparente. Si se han seguido todos los pasos correctamente pero al final existe error, aunque sea una lesión evidente, ¿también esto constituiría negligencia?. La mayoría de los expertos en radiología dirían que no, que los errores de percepción pueden ocurrir en ausencia de negligencia, pero ¿opinan lo mismo los jueces?.

La literatura médica, como hemos visto anteriormente, ha publicado en gran número de artículos que **en ensayos controlados** los radiólogos olvidan o fallan en el diagnóstico de un cierto porcentaje de pruebas de imagen con anomalías y eso a pesar de realizar esfuerzos extraordinarios.

Se ha apuntado quizá que el radiólogo incurre en negligencia cuando **falla en la utilización de los medios ordinarios y racionales**.

La sentencia del año 1992 (Wisconsin) pareció haber sentado un precedente respecto a la tendencia a la absolución de los radiólogos en casos de error diagnóstico cuando se hubiese demostrado un error en el juicio o en la percepción, en presencia de la utilización de los medios adecuados, sin embargo esto no parecer ser así. **El error diagnóstico constituye y explica más del 70% de los procesos interpuestos contra los radiólogos**⁴⁶.

Los datos de las compañías de seguros indican que se pagan más dólares en la defensa de los radiólogos que en el resto de las alegaciones de malpraxis. Por tanto vemos como existe una gran paradoja entre la consideración del error médico como «no negligencia» y las condenas que finalmente se están imponiendo a los radiólogos.

Pero ¿porqué ocurre esto?. En 1996 Brennan et al.⁴⁷ publicó en la prestigiosa revista médica New England Journal of Medicine el resultado de un estu-

⁴⁵ Berlin L. Do missed radiographic diagnosis constitute malpraxis? *ACR Bull* 1995;51(12):9-10.

⁴⁶ Berlin L, Berlin J. Malpractice and radiologist in Cook county, IL: trends in 20 years of litigation. *AJR* 1995. 165:781-788.

⁴⁷ Brennan TA, Sox CM, Bursin HR. Relation Between negligence adverse events and the outcomes of medical-malpractice litigation. *NEJM* 1996; 335:1963-1967.

dio en el que se intentan predecir las causas del pago de las compañías aseguradoras en el caso de negligencias médicas. Se vio que **el principal hecho que precide el pago no es la negligencia en sí si no el grado de discapacidad/incapacidad o el daño causado**. Por dicho motivo incluso a pesar de que el error en el diagnóstico radiológico se entendible y aunque se haya reconocido que por sí mismo no debería ser estrictamente considerado como una negligencia, el daño secundario a este diagnóstico es el que actualmente está justificando las condenas a los radiólogos, tanto en el entorno anglosajón como en nuestro medio.

6. Conclusiones

- El error diagnóstico en radiología es un problema frecuente.
- Estos errores diagnósticos pueden ser tanto sutiles como grosero aunque la mayor parte de ellos se repiten con asiduidad.
- Los errores radiológico tienen diferente naturaleza, aunque la mayoría de ellos son errores de percepción.
- A pesar de las medidas que se pueden adoptar para prevenir la aparición de dichos errores dichos errores seguirán apareciendo, siendo ello la varianza normal dentro de un diagnóstico perfecto.
- Dichos errores radiológicos pueden intentar prevenirse mediante la adopción de medidas tanto individuales como propias del servicio de radiología donde se realiza el trabajo.
- Entre las medidas a tomar se encontrarían: el conocimiento de la historia clínica del paciente y sus síntomas; la comparación con estudios previos; el análisis sistemático de los compartimentos anatómicos; La selección cuidadosa de los estudios radiológicos iniciales y los subsiguientes; La mejoría en las condiciones de trabajo y del tiempo dedicado al informe de cada estudio; la presencia de buenos equipos de radiología; el intentar establecer una doble informe de los estudio; la existencia de un dialogo regular y adecuado entre clínicos y radiólogos.
- Los errores radiológicos son una causa frecuente de demandas por malapraxis médica.
- Se debe establecer la diferencia entre error de diagnóstico y negligencia.
- Se ha establecido que la negligencia en radiología ocurriría cuando el radiólogo el error diagnóstico no es razonable o se escapa a lo que radiólogo medio podría diagnosticar.
- El error diagnóstico radiológico inexcusable es difícil de precisar y debería ser establecido por peritos expertos sobre la base de estudios radiológicos controlados en los que se establezca las características de las lesiones que nunca deberían ser infradiagnosticada.
- Habría que advertir a radiólogos peritos, abogados y jueces sobre el peligro, que a la hora de juzgar a un radiólogo, implica el prejuicio de la visión retrospectiva.
- En gran numero de ocasiones la condena por negligencia profesional en radiología no va dirigida al error diagnóstico en si mismo si no al daño o discapacidad consecuencia del mismo.
- El error es un rasgo inherente a la naturaleza humana.
- También es un rasgo característico de la especie humana el intentar crear soluciones para minimizar dichos errores.
- Los errores pueden ser prevenidos.
- Para mejorar estos aspectos no hay recomendaciones simples.
- A pesar de poner todos los esfuerzos necesarios se prevee que al disminución de la tasa de error médico y radiológico será inferior al 50% del actual en los próximos años.
- A pesar de que las indicaciones son claras parece que esperar mejoras (sobre todo en la situación actual del sistema con una alarmante déficit de mano de obra) es absolutamente poco realista el esperar mejoras en la mano de obra actual.

Un deber. Un derecho. La protección de datos de carácter personal

Carmen Pérez Canal

1. Introducción
2. Marco legal
3. Objetivos
4. Material y métodos
5. Resultados
 - 5.1. 1.ª Fase
 - 5.2. 2.ª Fase
6. Impresión general
7. Conclusiones
8. Bibliografía
9. Legislación

1. Introducción

En los últimos años motivado por los cambios sociales, se ha producido un importante evolución en los ciudadanos, dando lugar a que estos sean más conscientes de sus derechos en el ámbito del principio de autonomía personal en las relaciones médico-enfermo, es decir, la capacidad del usuario de reclamar y ejercer el derecho a la libertad individual en el ámbito sanitario, aumentando las exigencias del paciente y sus familiares en el acceso a la historia clínica y demandando mayor intimidad, confidencialidad y la protección de los datos personales y sanitarios, y exigiendo información sobre el tratamiento de los mismos. Dentro de las expectativas de los pacientes y familiares nos centramos en las demandas que cobran cada vez mayor fuerza en la sociedad actual, se atribuye a un mayor conocimiento de los usuarios de sus derechos, que les permite una mayor capacidad de decisión, solicitando el derecho de acceso y control de la información sobre su enfermedad.

Todo ello, ha dado lugar a que los poderes públicos estudien esta situación y elaboren un marco normativo aplicable al tratamiento de los datos personales. La aplicación de este marco normativo obliga a las organizaciones sanitarias a adaptarse y a implementar actuaciones que garanticen el cumplimiento de dicha legislación.

Esta nueva situación, incumbe también a los profesionales que trabajan en estas organizaciones sanitarias, planteándose dudas razonables sobre cómo deben actuar para garantizar la protección de los datos contenidos en las historias clínicas, los datos recogidos a los pacientes y familiares, comunicación de dicha información a terceros, la utilización de dichos datos para investigación etc., es decir, cómo pueden ejercer su profesión garantizando la intimidad y confidencialidad de sus pacientes. Las organizaciones sanitarias actuales deben ser empresas excelentes en el ámbito de la protección de datos y garantía de la intimidad y confidencialidad, los ciudadanos de hoy lo exigen, pero los de mañana lo consideraran irrenunciable.

El derecho a la intimidad y la confidencialidad, suponen el derecho de los ciudadanos a que no se de publicidad de su enfermedad. La necesidad de un paciente o la confianza que ha depositado en las personas que vigilan su salud le conducen en muchas ocasiones a revelar datos íntimos. Por ello, los profesionales a los que se les revelan estos datos se convierten en confidentes, y esta confianza depositada exige a cambio respeto; la confianza es fundamental en cualquier relación humana y más aún en

situaciones de dependencia y vulnerabilidad como es una relación clínica.

El derecho a la intimidad y la confidencialidad, en muchas ocasiones, inconscientemente, se puede violentar mediante comentarios fuera del lugar adecuado, traslado de documentación sin garantías o intercambio de información innecesaria.

El Derecho a la intimidad está recogido en la Constitución Española en el artículo 18.1, se desarrolla en 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. En un desarrollo a nivel nacional sobre la protección de datos de salud y sobre la intimidad nos trasladamos a la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril que en sus artículos 9, 10 y 61, hacen referencia a la intimidad personal y a la confidencialidad de la información propia de la actividad sanitaria. Y así, cuando se refiere a la Historia Clínica, en su artículo 61 menciona el «derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar secreto por quien en virtud de sus competencias tenga acceso a la historia clínica».

El secreto profesional, asume la tutela de estos derechos a lo largo de la historia, el médico tenía un deber en el ejercicio de la medicina, el deber de respeto a la dignidad del paciente, imponiéndose la obligación de guardar secreto. Sin embargo, este deber de secreto se ha ido modificando con el paso del tiempo ya que en un principio el médico adoptaba una posición paternalista frente al paciente, pudiendo decidir personalmente que información puede revelar y cual no, incluso en la Edad Media, decidía si comunicaba o no al paciente su enfermedad. Es en la Edad Moderna cuando el concepto de secreto profesional empieza a cambiar, desde el momento en el que, en el proceso sanitario interviene más personas tales como enfermería, familiares, etc. Es ya en el siglo XX, cuando cambia el concepto de secreto profesional pasando a convertirse en un derecho del paciente.

El derecho de protección de datos personales es algo más reciente, más contemporáneo, pues se relaciona con bases de datos nacidas al amparo de los nuevos procesos tecnológicos, es un derecho autónomo que no depende de ningún otro y se ejercita como tal. Es un derecho distinto a la intimidad, ya que el derecho a la protección de datos protege cualquier dato personal no teniendo que ajustarse solamente a datos íntimos.

Derecho a la protección de los datos personales, a la intimidad y confidencialidad así como el deber de secreto son conceptos con definiciones individuales y diferenciadas pero concatenadas unos con otros.

La relación médico-paciente está basada en una relación de confidencialidad y en el compromiso de que la aportación de datos personales se hacen en necesidad de la prestación de la asistencia sanitaria y que su utilización será para el beneficio personal del que les aporta y que dicha información quedará en la esfera de la relación asistencial y personal de las actuaciones y actos sanitarios, con referencia al papel que a cada uno le corresponde.

El trabajo se plantea desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, pero a medida que se desarrolla, incluso en el trabajo de campo, cuando se realizan entrevistas a los profesionales, las ideas sobre intimidad y confidencialidad surgen de inmediato, por lo tanto es obligatorio establecer una relación permanente entre estos conceptos.

2. Marco legal

La Constitución española en su art. 18.1 regula el derecho a la intimidad personal y familiar, desarrollados en 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.

A nivel de nuestra Comunidad, en la Ley 12/2001 de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, (conocida como LOSCAM), en su artículo 26.1, establece como principios informadores de la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, la orientación al ciudadano como persona, su autonomía y la garantía de los derechos a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal. Y en su artículo 27.3 «el ciudadano tiene derecho a mantener su privacidad y a que se garantice la confidencialidad de sus datos sanitarios, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente».

Cuando se quiere estudiar y analizar la protección de datos de salud, es fundamental 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. Esta Ley es la primera regulación que trata de forma específica lo relacionado con la intimidad del paciente y la protección de los datos de salud en el ámbito de las relaciones sanitarias y los que intervinieren en las mismas.

En esta ley, que además es posterior a la regulación europea y española sobre protección de datos de carácter personal, tiene en cuenta precisamente eso mismo, y así en su preámbulo cita expresamente la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de

Protección de Datos de carácter personal y la Directiva Comunitaria 95/46 del Parlamento relativa a la Protección de la personas físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre circulación de estos Datos.

El tema que estamos tratando en este estudio se aborda principalmente mediante dos legislaciones básicas, la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1999, su Reglamento aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre y la Ley 41/2002, que regula los derechos y deberes de los pacientes desde un punto de vista sanitario, por lo que es necesario el estudio de ambas legislaciones ya que se complementan.

El deber de secreto se relacionaba antiguamente con la profesión médica, ya que se configuró el Juramento Hipocrático, por el que el médico se comprometía a mantener silencio sobre todo lo que viese u oyese en el curso del tratamiento, o incluso, fuera del mismo, referente a la vida de los hombres, que en ningún caso debería ser divulgado, considerando la discreción como un deber. El Código de Ética y Deontología Médica adoptado por la Organización Médica Colegial, el 10 de septiembre de 1999, señalaba que «el secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad a terceros...». En los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/1980 de 19 de mayo, consideran falta grave la infracción grave del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio grave para terceros y muy grave, la violación dolosa del mismo».

La Ley General de Sanidad, se refiere al deber de guardar secreto en su artículo 61.

La Ley 41/2002, en su artículo 2.7 establece que la persona que elabore o tenga acceso a la información y documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida. Y en el artículo 16.6 recoge «el personal que accede a los datos de la Historia Clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto».

Y por último como legislación específica para la protección de los datos de salud y como vulneración de esa protección, nos vemos obligados a aplicar la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Y ante la jurisdicción penal cuando se lesione el derecho a la intimidad y se produjera delito contra la intimidad como refleja el Título X del Código Penal y en concreto el artículo 197.5 «el que se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de terceros, datos reservados de carácter personal o familiar... cuando éstos hechos afecten a datos de carác-

ter personal que revelen... salud... se le impondrá la pena de prisión de 3 a 5 años».

Analizando los principios de Protección de Datos regulados en la L.O.P.D. en su Título II, se debe relacionar con las leyes específicas sanitarias en las que se desarrollan más concretamente lo referido a los datos de salud. Principio como el de Calidad de los datos, que está muy vinculado al principio de Seguridad y ya no digamos el principio de Consentimiento, el principio de Comunicación de los datos y el Deber de secreto, el cual afecta no solo al personal sanitario sino también al no sanitario en la parte que le corresponde y conoce. Esta realidad, nos hizo plantearnos el análisis de la Protección de Datos en el Hospital de forma más amplia y se incluyó a todo el personal, que debido a su ocupación conoce, transporta, accede a datos personales de los pacientes, de sus familiares o allegados e incluso datos personales de los trabajadores del Centro.

Mención aparte, son las obligaciones del responsable de los ficheros, que debe adoptar las medidas necesarias, tanto técnicas como organizativas, que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural (art. 9 de LOPD).

3. Objetivos

El objetivo del trabajo es la elaboración de un estudio en el que participen todos los departamentos del Centro, y cuyo resultado nos facilite información sobre la situación actual del Hospital en el ámbito de protección de datos de carácter personal.

Las conclusiones del estudio permitirán determinar las medidas y actuaciones aplicables para un tratamiento adecuado de los datos de carácter personal.

4. Material y métodos

El estudio se ha realizado en tres fases: Una primera fase, en la que se procedió a recabar información en de los distintos departamentos del Centro, sobre las actuaciones realizadas en materia de protección de datos; una segunda fase, derivada de la primera, donde se procede a la elaboración de una encuesta entregada a los distintos colectivos, tanto personal sanitario como no sanitario. Finalmente una tercera fase,

atendiendo a las conclusiones derivadas de las dos primeras, en las que se detectan los puntos fuertes y las medidas de mejora con posibilidad de aplicación.

5. Resultados

5.1. 1ª Fase

Se reúne a trabajadores de distintos colectivos, con el objetivo de que mediante un foro de debate, comenten sus experiencias en la materia. Dividimos en dos grupos a los trabajadores un grupo compuesto por el personal asistencial y otro por personal no sanitario. Se reúnen en distintos días y pasamos a describir su resultado:

5.1.1. Grupo asistencial

Se realizó una reunión el 27 de noviembre de 2009 en la Sala de Juntas del Hospital. A la que acudieron 8 participantes, todos los convocados de área de sanidad (dos médicos, dos jefes de unidad de enfermería, una fisioterapeuta, una trabajadora social, una psicóloga, un informático) el grupo contó con una moderadora y una observadora.

El grupo comienza comentando los problemas con el login compartido y el intercambio de claves para acceder al programa, esto da lugar a que en muchas ocasiones, según una de los médicos, se lleven a cabo modificaciones en los informes realizador por un médico y no se pueda saber quien realiza esa modificación. Una enfermera comenta un episodio de la noche anterior, en la que se bloqueo un ordenador, siendo necesario dar su clave personal a varios profesionales para que pudieran acceder al programa; el informático contesta que lo que debía haber hecho era cambiar a la mañana siguiente su contraseña para que nadie pudiera volver a entrar con ella. Se concluye que con la migración al programa SELENE que se producirá próximamente muchos problemas con el programa de la Estación Clínica, etc. se solucionarán.

Se comenta que se accede a informes de enfermería con claves de personal que ya no trabaja en el centro y no han sido dados de baja o no se han dado de alta con la celeridad necesaria claves para el personal nuevo.

En relación a la información que se da a los pacientes o familiares, los médicos reconocen que dan información en los pasillos o en las habitaciones que son dobles y lo hacen delante del otro paciente. También se informa al paciente delante de familiares.

En cuanto a los informes médicos, se comenta que se envían por correo o cualquier otro medio sin aplicar ninguna medida que garanticen la protección de datos, incluso informes que son enviados por otros Centros se reciben por fax en Admisión, quedando en el fax durante un buen tiempo pudiendo acceder a la información cualquiera que pase por delante del mismo.

También se expone que no se cierran los despachos con llave cuando estos están vacíos, durante el día.

Los informes de alta u otro tipo se dan a los familiares que están con los pacientes pero no se solicita acreditación alguna a su entrega, en relación con los informes de alta de pacientes por la tarde se dejan en un cajetín y se entregan al conductor de la ambulancia.

Se expone también que los médicos dan información médica a familiares de pacientes por teléfono bajo su responsabilidad. Sin embargo se aclara que la información por teléfono no se da de forma habitual, salvo acuerdo del médico con los familiares.

Todos los presentes afirman que hacen uso de la trituradora para destruir información que consideran confidencial.

Sobre la custodia de la HC, se explica que en ocasiones se deja encima de la mesa de los despachos o se archivan en despachos que están abiertos todo el día y a los que se puede acceder. Se traslada información del paciente en un sobre abierto para que luego sea archivado en la HC, quedando en algunas ocasiones encima de las mesas de Admisión durante tiempo para que sea archivada posteriormente. Se comenta también el traslado de la HC desde el Gimnasio hasta Admisión considerando que se podría adoptar alguna medida para que dicho traslado fuera más seguro. En general, el circuito de la HC debe ser más garantista, sin tantas lagunas.

Enfermería expone que los pases de visita y las reuniones multidisciplinarias, se realizan delante de los pacientes, donde se habla de cuestiones personales, médicas y sociales, sin respetar la intimidad de los pacientes. La Psicóloga afirma que ella siempre pide consentimiento a los pacientes o familiares para entrar en los pases de visita.

Todos los profesionales afirman que hacen comentarios sanitarios en los pasillos.

Se finaliza con la conclusión de que es necesario elaborar procedimientos y protocolos que adopten medidas y se expliquen las pautas que garanticen la intimidad de los pacientes y la protección de los datos, así como más información y formación sobre estos temas.

a) Áreas de mejora

- Las Historias clínicas y la documentación complementaria son trasladadas sin seguridad suficiente.
- Se pierde la confidencialidad, por falta de lugares adecuados para atender como se debe, o porque la rutina hace que en ocasiones aun teniendo lugares adecuados para ello se informe en pasillos.
- Falta de organización en la entrada, salida y custodia de las HC, principalmente en fin de semana o por las tardes.
- Ordenador: se puede acceder con facilidad a los programas con login antiguos que no han sido anulados, también se comparten o se revelan a los compañeros verbalmente y después no se cambian las contraseñas.
- Falta de agilidad en la adjudicación de login.
- Desconocimiento de la legislación en materia de protección de datos.
- Falta de información y formación, (se crea un registro y no lo pone en conocimiento para su inscripción en la APDCM.).
- Los pacientes están muy poco informados respecto a esta materia y poco concienciados.
- Se deja documentación sensible encima de la mesa.
- Las claves del ordenador no se cambian, aunque las personas que trabajan con el ordenador sean distintas.
- La rutina del trabajo influye para que se informe a familiares de pacientes en los pasillos, se entreguen informes a personas distintas de las interesadas, no se pida acreditación, etc.

b) Puntos fuertes

- Se tritura toda la documentación que contiene datos confidenciales.
- Concienciación de la necesidad de adoptar medidas que garanticen la intimidad de las personas y la confidencialidad de sus datos.
- Gran colaboración por parte de todos los asistentes para aplicar las medidas que se establezcan y aportar ideas.

c) Oportunidades de mejora

- Elaborar un protocolo sobre el circuito de la HC y documentos que luego se introducen en la misma, que regule los puntos débiles del proceso donde es más fácil el acceso de terceros o su pérdida.

- Informar y formar a los trabajadores.
- Concienciar e informar a pacientes y familiares sobre la importancia de la confidencialidad e intimidad de sus datos.
- Repetir hasta sensibilizar a los trabajadores del uso correcto de las claves de entrada en los ordenadores y programas informáticos.
- Revisar y detectar los trabajadores que entran a programas que ya no son de su competencia.
- Acordar con los servicios informáticos un proceso que agilice la entrega de login, así como su rápida anulación.
- Vigilar la información que se da delante de otras personas y utilizar despachos cerrados para dar información sensible.
- Se pueden programar sesiones informativas sobre protección de datos y otras similares a las ya realizadas, para continuar mejorando en este proyecto.
- Adoptar medidas que permitan realizar los pases de visita y las reuniones multidisciplinares sin invadir la intimidad de los pacientes.
- Elaborar unas medidas que regulen la entrega de los informes a pacientes.
- Proporcionar llaves en los despachos que permitan su cierre cuando no hay nadie dentro.
- Controlar los informes que son enviados de otros centros por fax.

5.1.2. *Grupo no asistencial*

Se realizó una reunión el 20 de noviembre de 2009 en la Sala de Juntas del Hospital. A ella acudieron 12 participantes, todos los convocados de los distintos ámbitos de gestión (Departamento de Personal, Contratación, Compras, Servicios Generales, Admisión, Informática, Información y Control y Secretaría Médica) el grupo contó con una moderadora y una observadora.

Todos los asistentes fueron muy participativos, con muchas ganas de conocer sobre el tema que nos ocupa y muy receptivos a adoptar las medidas que se establezcan para mejorar la intimidad de los pacientes y profesionales del Centro.

En general y debido a que es un Hospital pequeño, todos coinciden en que no se han dado actuaciones que dan lugar a graves consecuencias, pero sí que existen vicios que por falta de conocimiento, cultura o por costumbre, se repiten constantemente, y podrían dar lugar a vulnerar la intimidad o el control de los datos personales de los pacientes, por lo que todos están de acuerdo en que se deben adoptar medidas que eviten estos episodios.

Comentan los colectivos de servicios generales y limpieza, que ellos nunca miran los papeles que los trabajadores dejan encima de la mesa. Las personas de departamentos pertenecientes a Administración y Gestión reconocen haber dejado papeles que contienen datos protegidos encima de su mesa.

La representante del Departamento de Admisión comenta que no está segura de si la sala de Admisión se cierra con llave, pues las HC hasta que se devuelven al archivo se dejan en dicha sala de un día para otro y en ocasiones se quedan todo el fin de semana hasta el lunes que son archivadas; también se dejan preparadas desde el viernes, las HC que se necesitan hasta el lunes.

En relación al acceso al Archivo fuera del horario administrativo de Admisión, se comenta que algún médico ha entrado en el archivo para coger una HC el fin de semana; la llave está en Admisión en un cajón. Se propone que la llave del archivo solamente la tengan dos responsables del mismo y los fines de semana se queden en centralita y cada vez que una HC sea solicitada por un facultativo este deje sus datos en Información y Control para poder conocer dónde se encuentra y quién la tiene. El Departamento de Personal expone como organizan ellos la custodia del archivo de personal y se comenta la posibilidad de implantar un sistema parecido al que se propuso anteriormente, incluido la posibilidad de que el archivo solamente accedan las personas que tienen llave e incluso se limpie en horario de mañana cuando estén los responsables del mismo.

El Departamento de Personal dice que ellos informan a la gente delante de otros no tienen en cuenta quien puede estar en la sala, trabajan delante de todos.

Se comenta que las enfermeras intercambian las partes de información de pacientes durante el cambio de turno en el control de enfermería, en muchos casos sin reserva alguna.

Los representantes de Información y Control aseguran que no dan información a pacientes o familiares por teléfono.

Tanto el Departamento de Compras como Contratación aseguran que ellos no dan información de ningún tipo y que los contratos que se celebran incluyen o bien en el pliego o en el mismo contrato, cláusulas que aluden a la protección de datos de carácter personal, en el supuesto de que así fuera necesario.

El Departamento de Personal comenta que no dan autorizaciones a nadie, ni información de ningún tipo en relación con trabajadores, salvo previa autorización de la persona cuya información o consulta se solicite. Continúa diciendo, que en muchas

ocasiones se producen enfados, pues les increpan la pérdida de tiempo que supone solicitar la identificación del titular.

La Secretaría Médica apunta que los informes de médicos u otra documentación que tiene que destruir la guarda en su despacho hasta que tiene volumen suficiente para llevarlos a la trituradora. Y Los Servicios Generales enseñan listados que tienen en el bolsillo con nombres y apellidos de pacientes para llevarlos a rehabilitación, que tiran a la papelera sin triturar.

El Departamento de Personal considera necesario revisar el proceso de traslado de documentación interna en sobres, ya que en muchas ocasiones contiene información sensible que se pasea por todo el Hospital hasta que llega a su destino, e incluso a veces se dejan en la mesa de los despachos sin que esté el destinatario de la información. Considera necesario fomentar el correo electrónico y cambiar dicho sistema de correo interno. La representante de Servicios Generales no entiende como determinada información es trasladada por correo interno en sobre cerrado mientras que otra que incluso es más sensible va al descubierto, también comenta que las HC unas van en sobre cerrado y otras no, siendo trasladada la documentación anexa en mano.

Los representantes de Servicios Generales preguntan que si todo está en el ordenador, ¿por qué la mayoría de las cosas se hacen en papel?; en cocina llega mucho papel con información de cambio de dietas de pacientes, etc.

Se produce una queja común en el ámbito de la informática, en relación con la entrada a los ordenadores ya que se comenta que debido a la lentitud en la asignación de los login algunos son compartidos, o trabajadores nuevos utilizan el login de trabajadores que ya no están desempeñando sus funciones en el Hospital. También se refleja la poca agilidad en la concesión del login «un médico estuvo 17 meses sin login propio».

En definitiva todos los asistentes coinciden en que falta información y formación en la protección de datos, sobre todo en el ámbito sanitario. También consideran necesario la elaboración de procedimientos claros y una mayor información sobre las medidas que deben adoptar para garantizar la intimidad de los pacientes y la confidencialidad de sus datos. Opinan que su falta de formación e información impide que puedan informar correctamente a los pacientes y familiares sobre sus derechos y obligaciones en materia de protección de datos. Afirman que en la actualidad no se esta informando a ningún paciente o familiar ni verbalmente ni por escrito sobre la protección de datos.

a) Áreas de mejora

- Las HC son trasladadas sin seguridad suficiente, así como la documentación complementaria.
- Se pierde la confidencialidad en ocasiones por falta de lugares adecuados para atender como se debe.
- Falta de organización en la entrada, salida y custodia de las HC, principalmente en fin de semana.
- Ordenador: se puede acceder con facilidad a los programas con login antiguos que no han sido anulados, también se comparten o se revelan a los compañeros verbalmente.
- Falta de agilidad en la adjudicación de login.
- Desconocimiento de la legislación en materia de protección de datos.
- Falta de información y formación. También falta de concienciación.
- Los pacientes están muy poco informados respecto a esta materia y poco concienciados.
- Se deja documentación sensible encima de la mesa.
- Correo interno sin custodiar o se entrega sin que el destinatario este en su puesto de trabajo, pudiendo acceder al mismo cualquier persona.
- Demasiado papel, poco uso del correo electrónico.
- Las claves del ordenador no se cambian aunque las personas que trabajan con el ordenador sean distintas.

b) Puntos Fuertes

- Se tritura todo documentos que contenga datos confidenciales.
- Concienciación de la necesidad de adoptar medidas que garantizan la intimidad de las personas y la confidencialidad de sus datos.
- Se pide autorización a los trabajadores para entregar documentación en el Departamento de Personal.
- No se da información confidencial o personal por teléfono.
- Gran colaboración por parte de todos los asistentes para aplicar las medidas que se establezcan y aportar ideas.

c) Oportunidades de mejora

- Elaborar un procedimiento que determine la forma de recoger y entregar del correo interno garantizando la confidencialidad de su contenido.
- Concienciar, informar y formar a los trabajadores.

- Concienciar e informar a pacientes y familiares sobre la importancia de la confidencialidad e intimidad de sus datos.
- Elaborar un proceso de entrega, recogida y custodia de HC y control de llaves para su acceso, principalmente los fines de semana.
- Las HC deben ser transportadas en un recipiente cerrado para que nadie lo pueda abrir. No dejarlas solas y al alcance de cualquiera.
- Concienciar a los trabajadores de que toda la documentación que se pueda se envíe por correo electrónico y no en papel.
- Repetir hasta que se conciencien los trabajadores el uso correcto de las claves de entrada en los ordenadores y programas informáticos.
- Acordar con los servicios informáticos un proceso que agilice la entrega de login así como su rápida anulación.
- Vigilar la información que se da delante de otras personas y utilizar despachos cerrados para dar información sensible.
- Se pueden programar sesiones informativas y otras similares a las ya realizadas, dos veces al año, para continuar mejorando en este proyecto.

5.2. 2ª Fase

5.2.1. Encuesta

Durante el mes de marzo se elabora una encuesta dirigida a los trabajadores del centro: médicos, enfermeras, auxiliares de enfermería, fisioterapeutas, psicólogos, trabajadoras sociales, personal de administración, personal de información y control, personal de hostelería y celadores.

A la hora de valorar los resultados de la encuesta hemos realizado una separación atendiendo a los grupos profesionales. Los grupos profesionales se dividen en dos bloques: Personal asistencial y personal no asistencial.

También hemos valorado las respuestas atendiendo a la edad de los participantes, estableciendo grupos escalonados de edad.

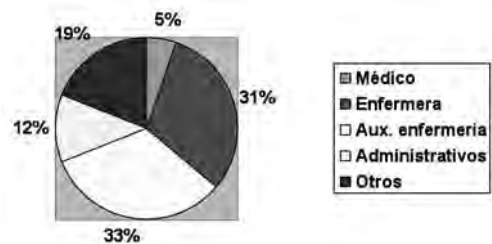
Por último, se han estudiado las respuestas en función de la antigüedad en el centro, puesto que queríamos conocer como han ido evolucionando los profesionales a lo largo del tiempo en el Hospital.

1. Participación

Se han recibido 132 encuestas de las cuales 7 no son válidas. La participación ha sido distinta dependiendo de los grupos.

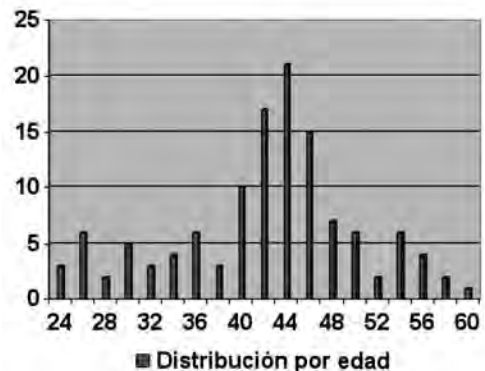
El colectivo con mayor índice de participación ha sido el de Diplomados en Enfermería con un 31% y Auxiliares de enfermería con un 33%, seguido del personal de Administración con un porcentaje de participación del 12% y el resto de personal un 19% (integrado por personal no asistencial de hostelería, información y control, etc.), destacan principalmente los médicos cuyo porcentaje de participación un 5%, es muy bajo. La mayoría de los que responden a la encuesta tienen estudios de grado medio, siendo los trabajadores con estudios de grado superior los que apenas participan en la encuesta.

GRÁFICO 1



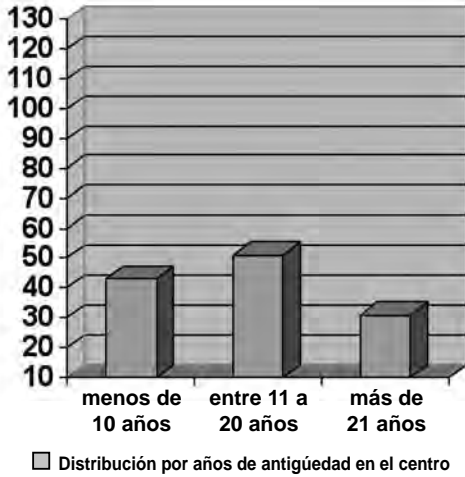
La media de edad de las personas que rellenaron el cuestionario es de 44,17 años. El grueso de los encuestados se encuentra entre los 40 a los 49 años.

GRÁFICO 2



Por antigüedad en el Centro la mayoría de la participación corresponde a los que tiene entre 10 y 20 años de experiencia con un 51%, seguido muy de cerca por los que tiene menos de 10 años con un 43%, (sobre todo los trabajadores que llevan menos de un año en el centro), siendo inferior considerablemente la participación de los trabajadores con más de 20 años de antigüedad en el Centro, con un 31%.

GRÁFICO 3



2. Resultados de la encuesta

Agrupamos los resultados en bloques: a) un primer bloque de conocimientos sobre la materia que nos ocupa, b) un segundo bloque en relación con la actuación de los trabajadores ante situaciones que requieren la protección de los datos y la confidencialidad y c) un tercer bloque reservado para personal sanitario.

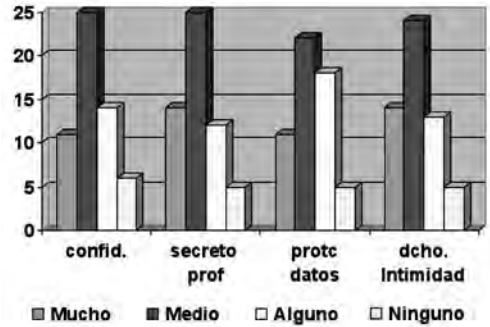
A) Conocimientos

1. ¿Conoces el significado de los conceptos: confidencialidad, secreto profesional, protección de datos y derecho a la intimidad?

El resultado de esta pregunta es curioso, en relación al elevado porcentaje de trabajadores que consideran que tanto en confidencialidad, secreto profesional e intimidad tienen conocimientos suficientes, con un leve descenso en conocimientos sobre protección de datos, destacando además que la mayoría de este porcentaje lo compone personal de hostelería o auxiliares de enfermería. Por otro lado, donde se tienen menos conocimientos en general es en relación a la confidencialidad. Los médicos se muestran más prudentes a la hora de determinar sus conocimientos, siendo un porcentaje más elevado las repuestas intermedias de: medio y algún conocimiento en este colectivo, lo mismo las enfermeras. En relación a la edad las personas de mayor edad y menor titulación creen tener muchos conocimientos en esta materia y principalmente en relación con el derecho a la intimidad, sin embar-

go una gran parte de los trabajadores manifiestan confusión en los conceptos, principalmente protección de datos, confidencialidad e intimidad.

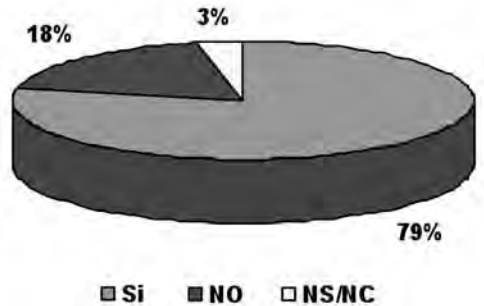
GRÁFICO 4



2. ¿La violación del secreto profesional en tu lugar de trabajo puede tener consecuencias?

La respuesta afirmativa es mayoritaria con un porcentaje superior a la mitad de los participantes, aunque existe confusión en algunos comentarios que aportan en relación al significado del secreto profesional, entendiendo los trabajadores el secreto profesional como un concepto extenso que abarca cualquier información recibida del paciente o sus familiares, también existe confusión en relación a la revelación de información confidencial ante jueces o magistrados o en situaciones urgentes, extremas o de peligro.

GRÁFICO 5

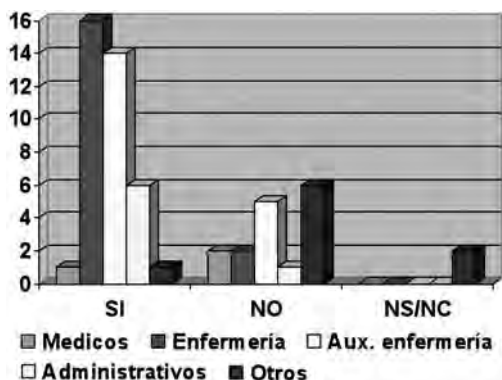


Respuesta sobre los profesionales:

Cabe destacar principalmente, la repuesta de los médicos, donde el NO es mayoritario, por lo que denota falta de conocimiento de este colectivo en relación a las consecuencias del sigilo profesional. Siendo por

otro lado el colectivo de enfermería, el que más conocimiento presenta. El colectivo no sanitario, es el que más desconoce las consecuencias, es comprensible ya que es el que menor información confidencial maneja, no siendo así el personal administrativo, quien es muy consciente de sus consecuencias.

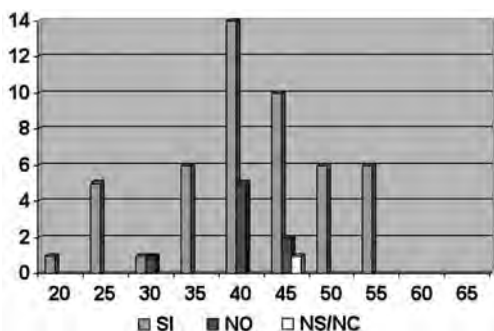
GRÁFICO 6



Respuesta por edad

Cuanta más es la edad se detecta mayor afirmación en la respuesta sobre todo entre los 40 a 45 años, cuanto más joven es el profesional más respuesta negativa, sobre todo los trabajadores de 30 a 35 años destacan por su desconocimiento.

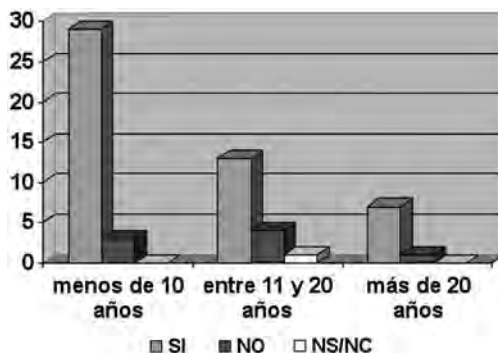
GRÁFICO 7



Respuesta por antigüedad en el centro

Se destaca una enorme diferencia entre los trabajadores de menos de 10 años de antigüedad en el centro, ya que la respuesta afirmativa es mayoritaria, existiendo una menor diferencia entre los de 11 a 20 años de antigüedad y los de más de 20 años.

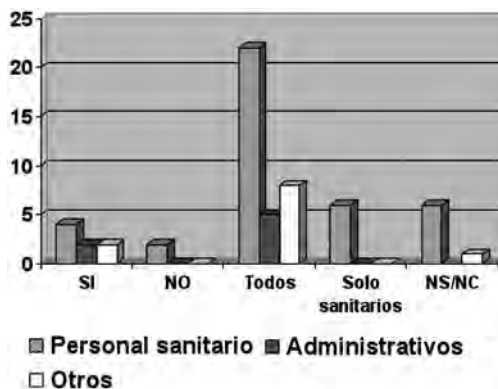
GRÁFICO 8



3. ¿Conoces qué trabajadores del Centro tienen el deber de guardar la confidencialidad de los datos?

La mayoría de la respuesta ha sido que todos los profesionales tienen la obligación de guardar la confidencialidad de los datos que conozcan durante el desempeño de su puesto de trabajo, aunque también existe un gran porcentaje de personal asistencial, principalmente enfermería, que considera que solamente tienen que guardar dicha confidencialidad el personal sanitario, mientras que los médicos tienen respuestas muy distintas, opinan que todos deben guardar la confidencialidad de los datos, otros que no es necesario y un pequeño porcentaje no sabe no contesta. El personal no sanitario por el contrario responde que todos deben guardar la confidencialidad de datos e incluso el personal de limpieza, también hay respuestas que consideran que solamente aquellos que tengan que guardar datos protegidos.

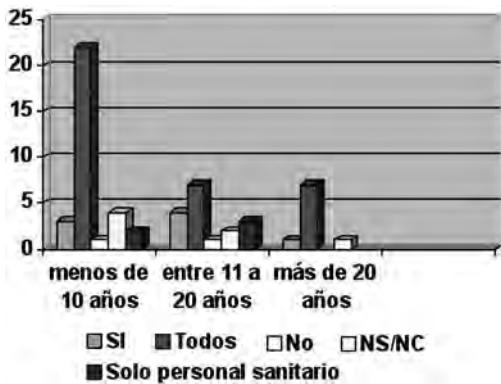
GRÁFICO 9



Respuesta por antigüedad en el centro

Cuanta menos antigüedad en el centro más respuesta de Todos, destacar la respuesta de entre 11 a 20 años de antigüedad quienes resalta que, la confidencialidad, la tiene que guardar solamente el personal sanitario, este apunte es debido principalmente a que el personal sanitario es mayoritariamente personal con dicha antigüedad y como se detecta en gráficos anteriores es opinión en gran medida de este colectivo.

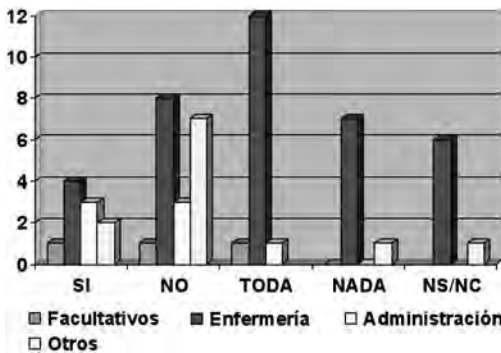
GRÁFICO 10



4. ¿Sabes a que parte de la HC puede acceder el paciente?

El porcentaje es elevado en relación a toda la HC, principalmente el personal asistencial, mientras que el personal no sanitario considera que el paciente no puede acceder a la HC, quedando excluido de esta baremación al personal administrativo quien se caracteriza por una respuesta sin detalles, estos consideran que si tienen conocimiento pero no especifican.

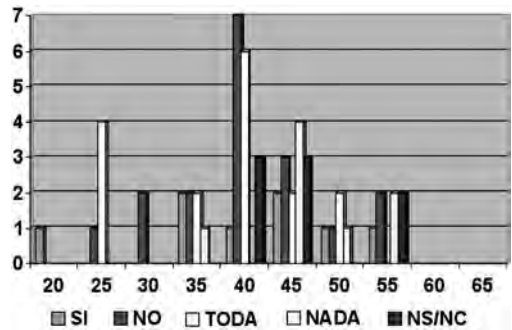
GRÁFICO 11



Respuesta por edad

Es curioso destacar que la franja comprendida entre los 40 a los 45 años que anteriormente se caracterizaba por tener más conocimientos en este gráfico la respuesta es NO, por lo que denota desconocimiento sobre el acceso a la HC, los mayores de 45 años expresan su desconocimiento, mientras que los más jóvenes consideran que se puede acceder a TODA la HC.

GRÁFICO 12

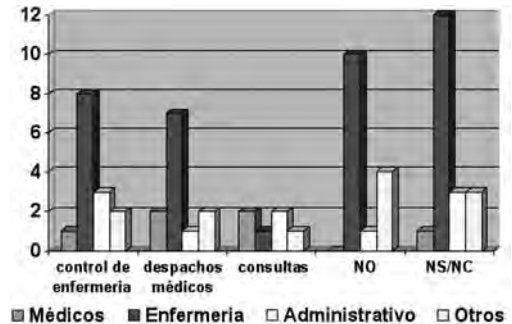


B) Actividad

5. En el Hospital, ¿Dónde se puede encontrar HC fuera de su lugar de custodia?

Un porcentaje elevado del personal de enfermería considera que la custodia de las HC es adecuada y no se encuentran Historias fuera del lugar apropiado, aunque también destacan las respuestas de este personal en porcentaje elevado, de no sabe no contesta. Los médicos son más reflexivos y consideran que la HC, en algunas ocasiones, suele dejarse en los despachos médicos sin custodiar, y algunas respuestas añaden que sin cerrar la puerta del despacho y encima de las mesas.

GRÁFICO 13

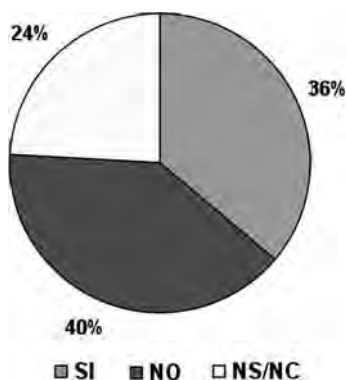


El resto del personal no sanitario es más prudente en su respuesta primando el no sabe no contesta o el NO, aunque algún comentario añade que en ocasiones el carro de transporte que custodia las HC, se ha visto en los pasillos abierto y sin nadie que lo vigile.

6. ¿Crees que los profesionales comentan información clínica sobre pacientes en presencia de terceras personas? ¿Donde es habitual que esto ocurra?

Se han realizado muchas observaciones en las encuestas, principalmente por parte del personal de enfermería, respondiendo que se hacen comentarios sobre información clínica de pacientes entre personal sanitario en lugares no adecuados e incluso en algunas ocasiones fuera del Hospital.

GRÁFICO 14

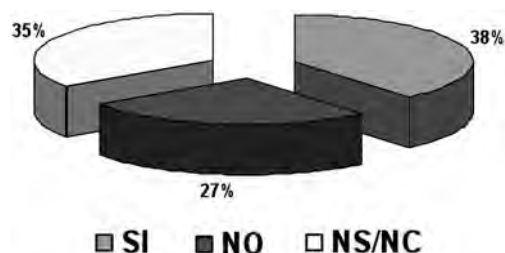


7. ¿Consideras que los profesionales (sanitarios) informan a los pacientes o familiares en presencia de terceras personas?

Destacan los médicos que consideran que ellos en su mayoría informan en presencia de terceras personas, son posiblemente los que más autocrítica reflejan en sus respuestas, ya que advierten, que no son conscientes de la presencia de otras personas cuando informan y de las consecuencias de dar esta información en presencia de ellas, aunque también se produce una queja generalizada, por la falta de despachos o habitaciones que les permita dar la información de la forma adecuada. El personal de enfermería contesta que la mayoría de la información se da en las habitaciones, y apunta que en muchos casos es consecuencia de la falta

de habitaciones individuales. El personal de Administración responde principalmente que no tiene conocimiento de ello, respuesta evidente puesto que el edificio de Administración y el de Hospitalización son distintos y muy poco personal de Administración tiene su lugar de trabajo en las plantas de Hospitalización. El resto del personal no contesta a esta pregunta salvo personal más cualificado quien responde que la información se lleva a cabo en pasillos, habitaciones o cualquier otro lugar que impide la protección de la intimidad de los pacientes.

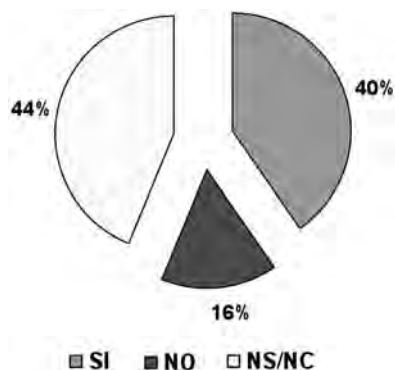
GRÁFICO 15



8. ¿Consideras que en el Departamento de personal se informa a los trabajadores o sus familiares en presencia de terceras personas?

El personal no sanitario considera que se informa en presencia de terceras personas, el personal sanitario responden que se informa de forma poco adecuada o no saben no contestan. Todos coinciden en que las consecuencias son principalmente la falta de espacios adecuados para prestar la información de forma que garantice la privacidad.

GRÁFICO 16



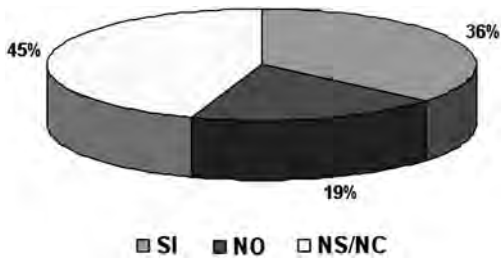
Respuesta por antigüedad en el centro

Destacable el porcentaje de respuestas de no sabe no contesta en los trabajadores con menos de 10 años de antigüedad que disminuye según se adquiere antigüedad en el Centro

9. ¿Se pide algún tipo de identificación cuando se entregan documentos con información clínica sobre un paciente u otra persona que lo solicite?

La mayoría del personal contesta que no sabe o no contesta, o responde que SI. Esto es debido principalmente a que el personal desconoce procedimientos y protocolos en relación con este apartado, ya que dicha información clínica es prestada por los facultativos.

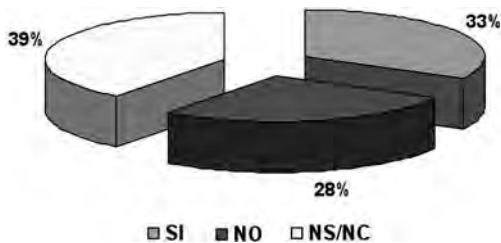
GRÁFICO 17



10. ¿Se pide algún tipo de identificación cuando se entregan documentos del departamento de personal a los trabajadores cuando lo solicita un trabajador o familiar de este?

La respuesta es similar al apartado anterior, existe un gran desconocimiento en relación a los procedimientos que se aplican en la actualidad, ya que recientemente se rige por una instrucción interna que establece que se entrega a los interesados previa identificación y a terceros previa autorización del titular

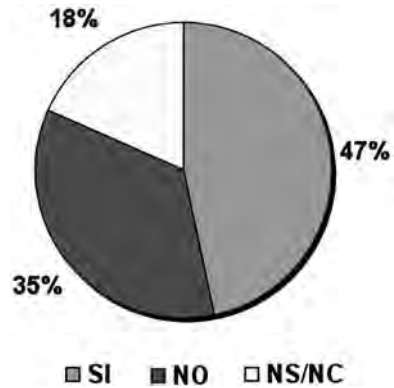
GRÁFICO 18



11. En las condiciones que desarrollas tú trabajo, ¿Te resulta fácil asistir a los pacientes con la suficiente confidencialidad?

El personal sanitario se divide entre los que consideran que pueden desarrollar su trabajo garantizando la confidencialidad de los pacientes y quienes opinan que NO, existiendo una gran mayoría que en sus comentarios consideran que las dificultades se centran principalmente en la necesidad de mejorar los departamentos y proporcionar lugares específicos para informar.

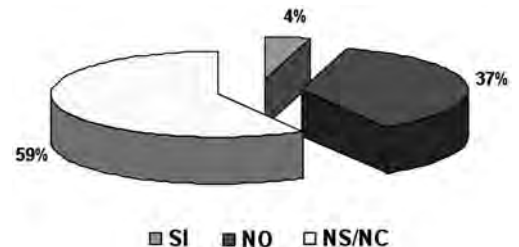
GRÁFICO 19



12. ¿En tu lugar de trabajo hay personas que aunque no estén autorizadas para acceder a los datos contenidos en las historias clínicas, acceden a ella?

La contestación es mayoritaria en no sabe/no contesta, por lo que entendemos que existe un escaso conocimiento del protocolo de acceso a la Historia Clínica.

GRÁFICO 20



13. ¿Adoptas algún tipo de medida para garantizar la confidencialidad en el desempeño de tu trabajo? Explica cuales.

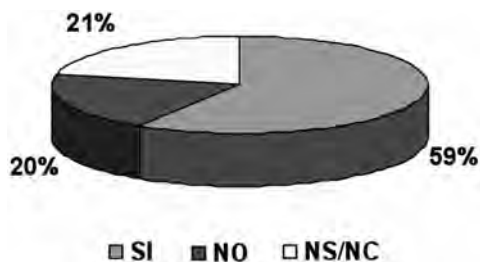
Personal asistencial aportan las siguientes ideas en sus comentarios: Informar a los familiares de los pacientes en las salas de espera, correr las cortinas que separan a los pacientes cuando se informa, cerrar puertas de habitaciones, dejar de hablar cuando aparecen terceras personas, atención en salas individuales, hablar en privado y en zonas apartadas de público, hablar con los compañeros de otros turnos cuando no hay personas delante, no dar información por teléfono.

El personal no sanitario administrativo: Cerrar despachos, no dejar documentación encima de las mesas, fotocopadoras o fax, proteger las pantallas del ordenador, guardar la documentación confidencial adecuadamente y bien custodiada.

El personal de información y control, considera que no tiene muchos medios para garantizar la confidencialidad, aun así adopta medidas como la destrucción de documentos, no hacer comentarios salvo con compañeros y superiores, en todo caso este colectivo no maneja información sanitaria.

Otro personal: bloqueo de los ordenadores, cerrar con llave puerta de los despachos cuando no se esta en su interior.

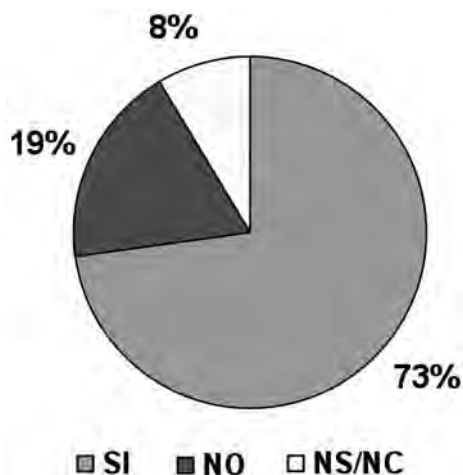
GRÁFICO 21



14.- ¿Destruyes documentación que ya no tiene uso alguno cuando este contiene datos confidenciales?

El personal sanitario destruye en su mayoría al igual que el personal administrativo, sin embargo ese porcentaje de respuesta negativa es propio del grupo de personal encuadrados en otros, ya que es personal cuyo trabajo no produce la necesidad de destruir documentación confidencial.

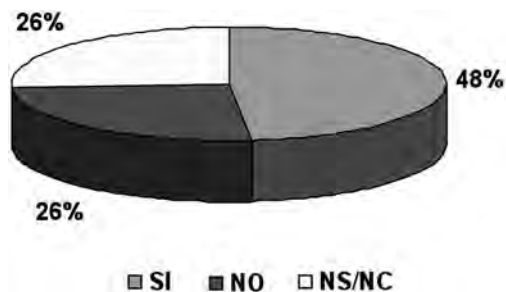
GRÁFICO 22



15. ¿Cuándo abandonas tu puesto de trabajo ¿cierras tu ordenador y dejas tu mesa sin papeles confidenciales?

Cabe destacar que los asistenciales (médicos y enfermería) mayoría de respuesta afirmativa, mientras que los auxiliares de enfermería la contestación es negativa, el personal administrativo si en su mayoría.

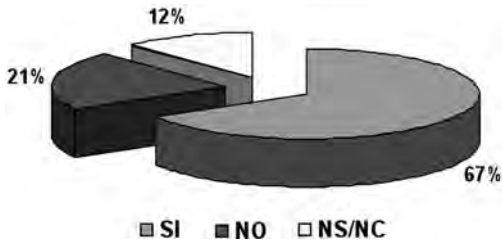
GRÁFICO 23



16. ¿Conoces que documentación se clasifica como confidencial?

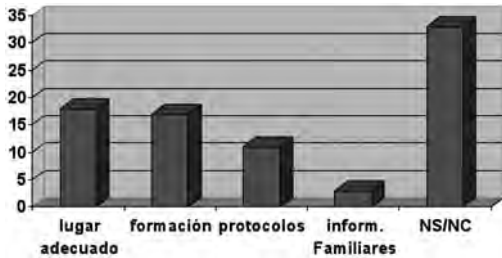
La contestación de todos los colectivos en su mayoría es SI, y comentarios añadidos consideran que dicha documentación, es aquella que contenga datos de carácter personal, y en caso de duda, es mejor su destrucción.

GRÁFICO 24



17. Señalar cuales son los cinco problemas centrales para salvaguardar la confidencialidad de los pacientes y trabajadores:

GRÁFICO 25



Se solicitan lugares adecuados para informar tanto al paciente como a los familiares, ya que la mayoría de las habitaciones son dobles. También se acusa un espacio adecuado para el personal de enfermería puesto que en el control se procede a proporcionar mucha información tanto a pacientes y familiares como a otro personal del Centro.

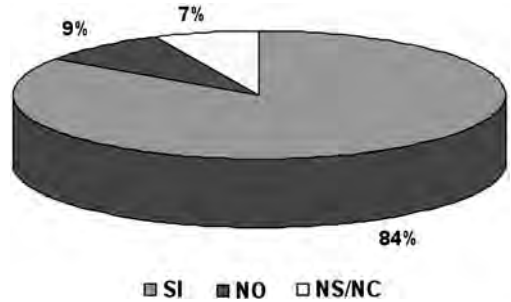
Se solicita también más formación e información a los profesionales sobre protección de datos, intimidad y confidencialidad, así como proporcionar más información a pacientes y especialmente familiares de pacientes.

Finalmente se reclama la elaboración de protocolos que establezcan los procedimientos a seguir para garantizar las actuaciones correctas en estos asuntos.

18. ¿Crees necesaria más formación e información en protección de datos y derecho a la intimidad a los trabajadores?

En su mayoría la respuesta es afirmativa, en todo momento del estudio se ha percibido un enorme interés por parte de los trabajadores del centro de todos los departamentos en recibir más información y formación.

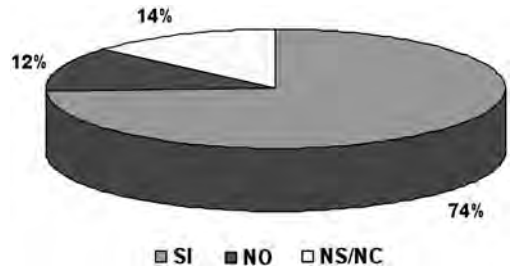
GRÁFICO 26



19. ¿Crees necesaria más formación e información en protección de datos y derecho a la intimidad a los pacientes y familiares?

Similar a la anterior, la respuesta afirmativa es definitiva, pero cabe destacar sobretodo que el personal de enfermería reclama más información a pacientes y familiares sobre este tema ya que en muchas ocasiones por su desconocimiento ponen en peligro la confidencialidad de los datos y la intimidad de otros pacientes, impidiendo también a veces con su conducta que los profesionales del centro puedan desarrollar su trabajo garantizando dichos derechos.

GRÁFICO 27

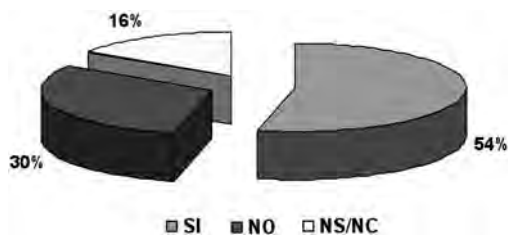


C) Solo para personal sanitario

20. Respuesta sobre si en relación a tu profesión existe algún código deontológico, lo has leído

La mayoría de los profesionales tiene conocimiento del código deontológico en su profesión, en el supuesto de que lo tengan. Así, facultativos y personal de enfermería son los que se encuentran contemplados en el 54 % del SI.

GRÁFICO 28



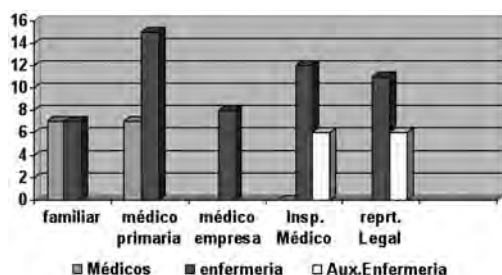
21. Cuando alguna de las siguientes personas solicita información sobre un paciente ¿se le debe informar, aunque no se cuente con el consentimiento del propio paciente?

Respuesta entre profesionales

Con carácter general, los médicos consideran que la información sobre pacientes debe ser proporcionada a los familiares y médicos de atención primaria, no debiéndose entregar a médicos de empresa, inspectores médicos o representantes legales sin acreditación. Enfermería, es más dispar en su contestación, existiendo prácticamente unanimidad en la entrega de información a los médicos de primaria e inspección médica y representantes legales. Por último el colectivo de auxiliares de enfermería considera que la entrega de información debe ser a la inspección médica y representantes legales.

Todos ellos coinciden en que se traslada información a los representantes legales siempre y cuando acrediten esta condición.

GRÁFICO 29



5.2.2. Resumen

La protección de datos tiene un fin último en el Hospital y es facilitar la atención sanitaria, asegurar y garantizar que la información clínica de los pacientes, así como la información personal de los tra-

bajadores, sea respetada y utilizada únicamente para el objetivo por lo que fue recabada.

La elaboración y posterior aplicación de procedimientos y protocolos que garanticen los derechos de protección de datos, así como los derechos a la intimidad y a la confidencialidad, no puede interferir en la eficacia de la asistencia a los pacientes.

Como se explicó en el inicio del trabajo, éste se ha fundamentado en los conocimientos extraídos de las opiniones realizadas por los profesionales en las reuniones con los grupos focales, así como, en las encuestas realizadas a los distintos trabajadores del centro.

En cuanto a la participación en los grupos focales ha sido muy positiva, ya que los asistentes proporcionaron una opinión e información muy valiosa y en todo momento fueron receptivos en el trabajo y prestaron voluntariamente una colaboración total.

En relación a la encuesta, la participación es satisfactoria, sobre todo en relación al personal asistencial mucho más participativo que el personal no sanitario. Destaca la baja participación de los facultativos. En cuanto a la edad es importante destacar que cuanto más edad más participación tanto en los grupos focales como en la encuesta, no coincidiendo con la antigüedad en el Centro, ya que la participación de los trabajadores que menos tiempo llevan en el Centro es más elevada que los más antiguos con un tiempo superior a los 20 años de antigüedad, denotando quizás que los trabajadores con más de veinte años en el Hospital están menos motivados a la elaboración o participación en este tipo de encuestas o proyectos. En todo caso el número de participantes se considera suficiente para poder obtener resultados importantes necesarios para el estudio que hemos elaborado.

Tanto la participación en los grupos focales como la respuesta a la encuesta realizada demuestran el interés que se plantea en este tema de la protección de datos, confidencialidad e intimidad de los pacientes, familiares y personal del centro, calificándolo como alto, atendiendo a los resultados.

5.2.3. Resultados

Conocimientos

La respuesta a la pregunta sobre conocimientos es contradictoria en las respuestas obtenidas de la encuesta y lo que anteriormente se opinó en los grupos focales. En la encuesta, un porcentaje elevado de personal tanto asistencial como no sanitario, responden tener conocimientos sobre los conceptos que se

plantean, sobre todo, en confidencialidad, derecho a la intimidad y secreto profesional, reduciéndose sensiblemente las respuestas sobre conocimientos en protección de datos. Sin embargo en los grupos focales, tanto de personal sanitario como el grupo focal de gestión, integrado por personal no sanitario, coinciden que es necesario una mayor formación e información sobre este tema que tratamos, así como la respuesta en la pregunta 17 y 18 del cuestionario, en la que un porcentaje destacable del personal del centro reclama como uno de los problemas centrales para salvaguardar la confidencialidad de los pacientes es la falta de formación e información a los profesionales. Esta contradicción y el resultado de la encuesta no es beneficioso, puesto que hace que los trabajadores no estén tan sensibilizados a la formación como se desearía. Además, al carecer de conocimientos claros, la reacción a la protección de los datos es contraria es decir, se procede a un exceso de celo, que podría ralentizar el ejercicio normal de las actividades en el Centro.

En cuanto a las consecuencias de la violación del **secreto profesional**, parece que la información es prácticamente total y efectiva, aunque atendiendo a los comentarios, no tienen muy claro que su incumplimiento puede dar lugar a penas de cárcel o inhabilitación profesional y sanciones económicas. Parece que los trabajadores con menos años de antigüedad en el Centro, tienen más conocimientos sobre las consecuencias de vulnerar el secreto profesional, por lo que posiblemente sea necesaria la celebración de algún seminario que actualice conocimientos en relación a este tema.

Por otro lado, a la respuesta de si saben que los profesionales tienen obligación de guardar la **confidencialidad de los datos**, es satisfactorio ver la respuesta mayoritaria, que todos los profesionales relacionados con la atención sanitaria están obligados a guardar la confidencialidad de los datos, e incluso dentro del personal no sanitario el personal de hostelería es consciente de su deber de guardar la confidencialidad de los datos que pueden encontrar o ver en el desempeño de su trabajo. Sin embargo, un porcentaje destacable de personal sanitario (enfermería y auxiliares de enfermería) responden que solamente tienen esta obligación el personal sanitario y no el resto. También parece, que está más informado el personal con menos antigüedad en el centro que el de mayor número de años.

Destaca la respuesta dada por los colectivos asistenciales que consideran que se puede acceder a toda la documentación de la **Historia clínica**. Sin embargo, en relación a la edad, se producen diferencias, es destacable que los profesionales de edad me-

dia consideran que no tiene conocimientos sobre la parte a la que se puede acceder, los más jóvenes consideran que a toda y los más mayores no tienen conocimientos. Esto refleja que realmente no todos tienen información clara sobre el acceso a la historia clínica, por lo que sería conveniente una formación más completa sobre el mismo.

Actividad

Cuando se pregunta, donde se pueden encontrar circulando HC, sorprende que haya un porcentaje elevado de personal de enfermería cuya respuesta es No sabe No contesta. Destacar que preocupa a todos los colectivos que se puedan encontrar HC en el control de enfermería, consultas médicas o en sus despachos sin custodiar. Estas respuestas nos dan a entender que no se tiene conocimiento claro del contenido de las HC, ya que están integradas por datos personales de los pacientes que no tiene que tener conocimiento de las mismas personas ajenas a su tratamiento, estas HC deben estar en todo momento controladas y custodiadas. Las consecuencias que puede ocasionar el acceso al contenido de las HC no es negativa solamente para el paciente sino que también afecta legal y éticamente a los profesionales. En todo caso tampoco es necesario adoptar medidas muy estrictas en esta materia o muy complicadas, bastaría con informar y concienciar al personal que tiene acceso a las mismas de la importancia de su custodia para garantizar mayor seguridad y evitar consecuencias negativas.

Sería también conveniente elaborar un procedimiento más controlado en el que se establecieran los flujos de acceso a las HC, procediendo a su devolución inmediatamente una vez finalizada la consulta o acto para la que se hubiera requerido.

En cuanto a los comentarios de los profesionales sobre **información** clínica de pacientes, éstas se realizan principalmente en las habitaciones, seguido de los pasillos. También cuando se pregunta si la información se da delante de otros pacientes o familiares, las respuesta es similar, la dificultad estriba en las habitaciones ya que estas no son individuales; la solución no es sencilla ya que lo único que se puede hacer es si el estado del paciente lo permite, solicitar a los familiares y pacientes que se encuentren en la misma habitación, que abandonen la habitación cuando se informe al compañero.

Por otro lado, a la pregunta de si el Departamento de Personal informa en presencia de terceras personas, la respuesta mayoritaria es SI o no sabe no contesta. Uno de los principales obstáculos, es el lu-

gar de trabajo, donde no existe apartados donde informar al trabajador individualmente, aunque en la realidad, sí se podrían adoptar otras medidas que garantizaran más la intimidad, como pedir a los trabajadores que esperen su turno, que lo hagan fuera de la sala o bien informar de lo temas confidenciales en algún despacho, bajar la voz, etc. También sería aconsejable colocar mamparas de separación que puedan suponer una mayor intimidad. Es destacable también el mayor porcentaje de respuestas de no sabe no contesta en los trabajadores con menos de 10 años de antigüedad en el Centro que se va reduciendo según se incrementan dichos años. Esto es debido posiblemente a que los trabajadores con más años de antigüedad acuden más al Departamento de Personal a informarse sobre sus derechos y obligaciones así como otros asuntos, mientras que los de menos antigüedad, o les preocupa menos esta información o desconocen cuales son los derechos que les asisten, o tienen menos necesidades que afectan a este departamento.

La mayoría de los encuestados creen que se pide identificación, aunque también existe un porcentaje elevado de respuestas no sabe no contesta. Tenemos que concienciar al personal de la importancia que supone pedir identificación, cuando se entrega documentación que contiene datos clínicos a terceros que no son los pacientes y sobre todo involucrar a todo el personal para hacer efectivos las medidas que se adopten.

En cuanto a la misma pregunta, pero en el Departamento de Personal, la respuesta es muy similar, un gran desconocimiento y respuesta afirmativa.

La mayoría de los encuestados responden afirmativamente a la pregunta de si les resulta fácil asistir a los pacientes con la suficiente **confidencialidad**, por otro los que responden NO, en su mayoría justifican la respuesta considerando que su lugar de trabajo, salas, despachos, habitaciones, etc., no se adecuan a las condiciones mínimas que se requieren para garantizar estos derechos.

A la pregunta de si hay personas que no estando autorizadas acceden a la HC, la mayoría de los encuestados responde que no saben no contestan, y un número considerable responde que no. Sin embargo tenemos que atender al pequeño porcentaje de respuestas afirmativas, por lo que se deben elaborar procedimientos o revisar los existentes que permitan un proceso de reparto de HC más custodiado y un acceso a la HC más estricto y controlado, impidiendo que aquellos que no estén autorizados no puedan acceder a las historias o a su contenido e incluso a los lugares donde se esté custodiando.

La respuesta de los profesionales sobre las medidas que tienen en cuenta para garantizar la confidencialidad en el desempeño de su puesto de trabajo es mayoritariamente afirmativa, aunque después son muy diversas las medidas a adoptar, dependiendo del trabajo que desarrollan, ahora bien la actitud de los profesionales es positiva a la hora de garantizar la confidencialidad, porque todos adoptan alguna medida. Es importante aprovechar esta actitud positiva de los trabajadores, jugando un papel decisivo la Dirección así como los mandos intermedios implementando las medidas oportunas en formación y elaborando mas procedimientos y protocolos que puedan ser seguidos por todos y que sean utilizados como punto de referencia.

Un importante número de encuestados responde que **destruye la documentación** que contiene datos de carácter confidencial, esta respuesta es consecuencia del esfuerzo realizado anteriormente en el Hospital, comprando máquinas destructoras y colocándolas en lugares a los que todos los trabajadores pueden acceder. Ahora bien, no es tan cierto que se destruya realmente la documentación que contiene información confidencial puesto que no existe información de cuales son los datos a destruir, dando lugar a la destrucción de cualquier documento sea confidencial o no, generando un volumen enorme que en algunos departamentos ha dado lugar al bloqueo y rotura de las máquinas. Esta respuesta es complementaria a la pregunta dieciséis en la que la respuesta es similar siendo un porcentaje muy elevado de trabajadores que manifiestan que tiene conocimiento de la documentación que se clasifica como confidencial.

También es afirmativa en un porcentaje elevado la respuesta, así cuando se abandona el puesto de trabajo se cierra el ordenador y no se dejan papeles encima de las mesas, sin embargo, observaciones que se han realizado detectan que esta respuesta no se ajusta a la realidad, ya que algunos despachos se encuentran abiertos sin llave e incluso sin cerrar la puerta y las mesas se encuentran cubiertas de papeles e incluso alguna vez el ordenador encendido. La solución es muy sencilla si se informa adecuadamente al personal, de las consecuencias negativas que puede tener el que un tercero ajeno acceda a la información confidencial.

También hemos preguntado cuales son los cinco problemas centrales para salvaguardar **la confidencialidad**, dando lugar a un porcentaje importante de respuestas de no sabe no contesta, sin embargo la mas común es la falta de lugar adecuado para garantizar la intimidad de trabajadores y pacientes, seguida de necesidad de formación e información.

La necesidad de definición de pautas y procedimientos a seguir, también es destacable y en menor medida la información a pacientes y familiares. En relación con la primera, ya hemos hablado anteriormente, de las posibles medidas o para su mejora, en cuanto a la falta de formación e información es contradictorio esta respuesta, ya que pregunta sobre si los trabajadores tienen suficientes conocimientos la respuesta es siempre mayoritariamente afirmativa, pero su comportamiento o actitud demuestra una respuesta distinta, posiblemente sea necesario la realización de jornadas o seminarios no muy extensos y espaciados en el tiempo, que puedan ir aportando conocimientos a los trabajadores y concienciando poco a poco de la importancia de este tema.

Se valora la necesidad de introducir en los planes de acogida que se entregan a los nuevos profesionales, información sobre las consecuencias del incumplimiento de las medidas que se implanten para garantizar estos derechos, incluyendo conceptos básicos que informen. Es clara, por otro lado la necesidad de establecer pautas de comportamiento mediante la elaboración de procedimientos y protocolos a seguir, que deben ser informados por los mandos intermedios, realizando recordatorios de los mismos, mediante sesiones informativas, que pueden ser semestrales en un principio y anuales más adelante. Finalmente en relación a la información que se debe dar a los pacientes y familiares, parece que hace necesario también incluir en el programa de acogida a los pacientes una referencia a las medidas obligatorias que deben adoptar para garantizar estos derechos, e informarles de los derechos que le asisten en esta materia en relación a la HC, intimidad, etc.

Personal sanitario

Finalmente las respuestas dirigidas al personal sanitario, la primera sobre si tiene conocimiento de la existencia de un código deontológico en su profesión, mas de la mitad de los encuestados afirma tener conocimiento y haber leído el código deontológico de su profesional, siendo superior el porcentaje del personal de enfermería con respuesta afirmativa.

Un tema de conflicto, es la última pregunta en relación a cuando se solicita información sobre un paciente y no se tiene el consentimiento de este a quien se puede dar esta información. No se tiene muy claro que la información del paciente es propiedad de este, ningún profesional de los encuestado hace comentario alguno de que siempre se re-

quiere el consentimiento del paciente, aunque en muchas ocasiones es necesario que la información del proceso sea compartida por todos los médicos que participan en el mismo, el médico de atención primaria puede conocer dicha información siempre que el paciente no se niegue, que eso no ocurre prácticamente nunca, pero es el propio paciente quien tiene el derecho a decidir si se le da la información o no e incluso cuando pueda ser negativo posteriormente para el, nuestra función es informarle. Es muy destacable el porcentaje de personal de enfermería que considera que se puede informar al médico de empresa sin el consentimiento del paciente, evidentemente la respuesta es que sin el consentimiento del paciente en ningún caso se puede informar, independientemente de las consecuencias laborales que esto pueda suponer, cabe mencionar los problemas que se produjeron anteriormente con los enfermos de VIH en sus centros de trabajo, sin tener en cuenta que dicha enfermedad esta clasificada dentro de las enfermedades que no son obligatorias su comunicación a terceros.

No parece que este muy claro la información a familiares y a la inspección médica y puede ser debido a que el conocimiento en materia de protección de datos es escaso. Sin embargo, si es clara la información a los representantes legales de los pacientes, matizando en la mayoría de las respuestas los trabajadores, que se dará siempre que acrediten esta condición.

6. Impresión general

Tenemos que reconocer que en la actualidad los trabajadores del Centro denotan una mayor cultura en la protección de estos derechos. Sin embargo hay actitudes que reflejan cierto desconocimiento e incluso apatía en el desempeño del puesto de trabajo que influyen negativamente en la intimidad de los pacientes. Es necesario modificar las pautas de comportamiento para conseguir que los trabajadores incorporen hábitos que respeten estos derechos.

Sería conveniente la elaboración de documentos, que desarrollen los procedimientos y protocolos con las medidas que deben adoptarse para garantizar estos derechos, pero no nos podemos quedar ahí, se hace imprescindible dar información y difusión sobre la existencia de los mismos para que sean conocidos por todos los trabajadores, y llevar un seguimiento en su cumplimiento, revisarlos periódicamente, detectando los puntos que se puedan mejorar.

Es fundamental involucrar a todos los trabajadores, concienciando de la importancia de la protección de datos y de la obligación del centro en garantizar estos derechos, trasladar estos objetivos a los mandos intermedios, para que sean estos, quienes, junto con los trabajadores establezcan las medidas que deben ser tomadas y las pautas para su incorporación, consiguiendo la concienciación y sensibilización del personal del Hospital, asumiendo individualmente responsabilidad en este ámbito.

7. Conclusiones

1. Se percibe una gran sensibilización y concienciación de los trabajadores del Hospital en estos temas de protección de datos de carácter personal, intimidad, confidencialidad y secreto profesional, con mucho ánimo para aceptar las medidas necesarias e involucrarse en los procedimientos aplicables.
2. Se aprecia una demanda clara de información y formación. En todo caso deberán dividirse los grupos para recibir dicha formación en personal asistencial y no sanitario. Centrándose también esta formación en los mandos intermedios que deben ser los que impulsen y trasladen al resto de los trabajadores las medidas adoptar, por lo que es necesario incrementar la preparación y cultura de los mandos intermedios. También sería conveniente organizar charlas o foros con el personal para que cada uno exponga la situación día a día, y la mejora que se percibe con la aplicación de las medidas que se adopten.
3. Es necesario la elaboración de un documento donde se desarrolle más claramente el uso de la HC, la adopción de medidas de mejora en los circuitos y demás reglamentación que garantice una mayor seguridad en su custodia. Una vez elaborado, es necesario dar la mayor difusión a los trabajadores involucrados en el proceso y llevar a cabo un seguimiento de su realización.
4. Es necesario mejorar la forma de dar información clínica a pacientes, procurando que esta sea individualizada en despachos médicos y lugares adecuados para garantizar la confidencialidad.
5. Definir de forma más concreta los criterios establecidos y que deben seguirse para dar información a terceros sobre los pacientes.
6. Concienciar al personal sobre la necesidad de guardar su clave del ordenador, cerrar el ordenador y no dejar documentos encima de la mesa cuando se ausenta del despacho, triturar docu-

mentación confidencial en el momento, recoger fax que se envíen, etc., es decir aplicar paulatinamente la cultura necesaria para la garantía de estos derechos.

7. Con carácter general, las condiciones del lugar de trabajo dificultan la garantía de estos derechos, pero sí permiten en cierta medida su cumplimiento, no existiendo grandes dificultades para mantenerla con todas las garantías.
8. Todas las medidas que se adopten no pueden suponer una sobrecarga de trabajo a quienes tienen que aplicarla, pero también es necesario un pequeño esfuerzo del personal para una correcta y continua aplicación.
9. La confidencialidad, intimidad, secreto profesional y protección de datos deben ser considerados como criterios de calidad asistencial, esto permite una mayor motivación, implicación y establecimiento de acciones de mejora. Implantar indicadores de medición de los resultados después de la aplicación de estas iniciativas como parte de la Política de Calidad del Centro.
10. Constituir una Comisión de Protección de datos de carácter personal que analice periódicamente los puntos conflictivos y valore las posibilidades de mejora. Formar grupos de trabajo con los profesionales para que definan lo posible impedimentos y riesgos para garantizar estos derechos en el desempeño de su trabajo.
11. Mejorar la cultura general sobre este tema, incluyendo en los planes de acogida de los nuevos trabajadores o de los pacientes donde se describen sus derechos y deberes, aspectos relacionados con la confidencialidad, intimidad y protección de datos de carácter personal.

8. Bibliografía

- La Protección de Datos Sanitarios: recogida, acceso y comunicación de datos a la luz de la Ley Orgánica 15/1999 y de la Ley 41/2002. Dra. Carmen Delia Medina Castellano. Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. (Congreso Nacional de Derecho Sanitario).
- Confidencialidad del dato sanitario, derechos de los pacientes e intereses generales. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez. Magistrado-Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.
- La protección de los datos sanitarios. La Historia Clínica. Prof. Asoc. M^a Mercedes Serrano Pérez. Derecho Constitucional. UCLM.
- Cuaderno de Protección de Datos Personales para Empleados Públicos. Agencia de Protección de Datos de la CAM.

- Guía de Protección de Datos personales para Servicios Sanitarios Públicos, Thomson-Civitas, Madrid 2008 (APDCA).
- Conclusiones VI Jornada de Protección de Datos Sanitarios de la Comunidad de Madrid (abril 2008).
- Código de Buenas Prácticas de la Consejería de Sanidad (Orden 1943/2005).
- Protección de Datos Sanitarios y los Aspectos Jurídicos. Ricardo de Lorenzo y Montero.
- Resoluciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid en relación con Sanidad.
- La Intimidad y Secreto Médico en el Derecho Español. Javier Sánchez-Caro (Mayo 2004).
- Seguridad y Protección de datos Personales (APDCA), Thomson-Civitas, Madrid 2009 (APDCA).

9. Legislación

- Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta norma ha sido integrada en el ordenamiento español mediante la Ley de Protección de Datos de carácter Personal.
- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R(97)5, relativa a la protección de datos sanitarios.
- Constitución Española de 1978: Artículo 18.1.- «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1982, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Convención Europeo de 4 de abril de 1997 sobre Derechos Humanos y Biomedicina. (Convenio de Oviedo).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Persona (LOPD).
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la norma.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.
- Decreto 99/2002, de 13 de junio, de regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de creación, modificación y supresión de ficheros que contienen datos de carácter personal así como su inscripción en el Registro de Ficheros de Datos Personales.
- Decreto 67/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de las funciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid de tutela de derechos y de control de ficheros de datos de carácter personal.
- Decreto 40/2004, de 18 de marzo, por lo que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
- Recomendación 2/2004, de 30 de julio, sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas.
- Recomendación 1/2005, de 5 de agosto, sobre archivo, uso y custodia de la documentación que compone la Historia Social no informatizada por parte de los Centros Públicos de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 9 de enero de 2007, del Director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen los modelos de impresos y los medios por los que debe procederse a la notificación de inscripciones de creación, modificación o supresión de ficheros, en el Registro de Ficheros de Datos Personales.

Certificado médico de defunción: análisis descriptivo de la cumplimentación de 514 certificados en el municipio de madrid

Pilar Pinto Pastor

1. Introducción
 - 1.1. Concepto
 - 1.2. Legislación
 - 1.3. Criterios para cumplimentar el certificado de defunción
 - 1.3.1. Impresos que deben emplearse como certificado médico de defunción
 - 1.3.2. Quién debe cumplimentar el Certificado de defunción
 - 1.3.3. Recomendaciones para rellenar el certificado médico de defunción
2. Revisión 514 certificados de defunción
 - 2.1. Objetivo
 - 2.2. Material y método
 - 2.3. Resultados
 - 2.4. Discusión
 - 2.5. Conclusiones
3. Cuestiones prácticas en derecho sanitario
4. Bibliografía
5. Anexo
 - 5.1. Nuevo modelo del certificado médico de defunción de la Organización Médico Colegial
 - 5.2. Antiguo modelo del certificado médico de defunción de la Organización Médico Colegial
 - 5.3. Boletín Estadístico De Defunción

1. Introducción

1.1. Concepto

El certificado médico de defunción^{1,2} es un documento público jurídico administrativo que debe ser cumplimentado por un médico en muertes naturales para poder realizar la inscripción del fallecimiento en el registro civil y proceder, posteriormente, a la inhumación del cadáver.

Según el artículo 3 de la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación, un certificado médico es «la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento.»

Junto con el certificado de defunción, el médico debe cumplimentar el Boletín Estadístico de Defunción³ que es un documento no público y con gran interés para Salud Pública. En base a este documento el Instituto Nacional de Estadística (INE) realiza un estudio de cuales fueron las causas del fallecimiento en la población y se analizan otros criterios poblacionales como la causa de muerte por áreas geográficas, edad, sexo... Este documento también es necesario para llevar a cabo la inhumación.

1.2. Legislación

De la legislación vigente se pueden deducir las principales características del certificado. Principales referencias en relación al Certificado de Defunción:

Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

Sección III. De las defunciones

Artículo 81. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece.

Artículo 85. (modificado por Ley Orgánica 7/1992 de 20 de noviembre). Será necesaria certificación médica de la existencia de señales inequívocas de muerte para proceder a la inscripción de defunción. En los casos en que falte certificado médico o éste sea incompleto o contradictorio, o el encargado lo estime necesario, el médico forense adscrito al Registro Civil o su sustituto emitirá dictamen sobre la causa de la muerte, incluso mediante el examen del cadáver por sí mismo.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Título V. de las secciones del registro:

Capítulo III. De la sección de defunciones

Artículo 274. El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad o cualquier otro que reconozca el cadáver enviará inmediatamente al Registro parte de defunción en el que, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación del que lo suscribe, constará que existen señales inequívocas de muerte, su causa y, con la precisión que la inscripción requiere, fecha, hora y lugar del fallecimiento y menciones de identidad del difunto, indicando si es conocido de ciencia propia o acreditada y, en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que firme los datos, la cual también firmará el parte. Si hubiera indicios de muerte violenta se comunicará urgente y especialmente al Encargado.

Artículo 281. Las menciones de identidad desconocidas se suplirán por los nombres o apodos, señales o defectos de conformación, edad aparente o cualquier otro dato identificante; los vestidos, papeles u otros objetos encontrados con el difunto serán reseñados por diligencia en folio suelto. De no poderse expresar la hora, fecha y lugar del fallecimiento se indicarán los límites máximo y mínimo del tiempo en que ocurrió y el primer lugar conocido de situación del cadáver...

Real Decreto 1018/80, de 19 de mayo de 1980. Estatutos de la organización médica colegial.

Título VI. Certificados médicos

Artículo 58. Organización, edición y distribución. El Consejo General de la Organización Médica Colegial es el único organismo autorizado para editar y distribuir los impresos de los certificados médicos oficiales, cualquiera que sea la finalidad de los mismos, correspondiéndole la organización y dirección de este servicio y a los colegios la distribución de aquellos dentro de su territorio.

La ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

Constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial:

¹ Anexo 1: Certificado de defunción actual de la Organización Médico Colegial.

² Anexo 2: Certificado de defunción antiguo de la Organización Médico Colegial.

³ Anexo 3: boletín estadístico de defunción.

... 5º La documentación o certificación médica de nacimiento, defunción y demás extremos para el Registro Civil.

1.3. Criterios para cumplimentar el certificado de defunción

De la legislación relacionada con el Certificado Médico de Defunción podemos deducir los principales requisitos y características a la hora de cumplimentarlo.

1.3.1 Impresos que deben emplearse como certificado médico de defunción

El documento que debe emplearse, en base a los Estatutos de la Organización Médica Colegial (OMC), es el que edita la propia Organización. Sin embargo, el motivo no se basa sólo en el Real Decreto 1018/80 sino que la propia Organización Mundial de la Salud recomienda que se emplee un documento unificado para, así, facilitar la realización de estadísticas y que exista un criterio homogéneo a la hora de la cumplimentación.

Pese a que el empleo del certificado de la OMC es obligatorio, en muchas ocasiones los centros hospitalarios tienen sus propios documentos para certificados. Esto si bien supone un ahorro para los hospitales, desvirtúa la homogeneidad de los certificados con vistas a la realización de estadísticas porque, como se verá más adelante, los apartados que hay que rellenar en los certificados de los hospitales no siempre van a coincidir con los que tiene el certificado de la OMC.

Es posible que esta situación cambie en los próximos años ya que junto con el certificado de defunción el médico debe rellenar las causas de fallecimiento del Boletín Estadístico de Defunciones y este impreso se encuentra unido al nuevo certificado de defunción. Por tanto, breve será necesario emplear el certificado médico de defunción de la OMC ya que el Boletín Estadístico de Defunción viene anexionado al mismo y no será posible cumplimentarlo de manera independiente.

Mención a parte merecen los casos de **abortos o de los recién nacidos que no lleguen a las 24 horas de vida extrauterina**. En estas situaciones se cumplimentará el Boletín estadístico de partos, nacimientos y abortos donde en la tercera hoja habrá que indicar la causa materna o del parto o causa del feto o recién nacido y no será necesaria la cumplimentación del Certificado Médico de Defunción.

1.3.2. Quién debe cumplimentar el Certificado de defunción

El certificado médico de defunción deberá ser cumplimentado en casos de muertes naturales por:

1. Médico que conozca la causa de la muerte.
2. Médico que puede deducir por los antecedentes del fallecido la causa de la muerte y siempre basándose en la documentación clínica aportada.
3. Médico que presencie el fallecimiento.

Però no sólo debe conocerse la causa de la muerte sino que existen unos requisitos legales que deben cumplirse.

- Por un lado, está la necesidad de hacer una exploración externa del cadáver. Unos autores recomiendan que el médico reconozca personalmente al fallecido. En cambio, otros defienden que si en el momento del exitus no se tiene documentación clínica del fallecido o el médico que reconoce al cadáver desconoce sus antecedentes, éste podrá realizar un informe en el que se dé testimonio del fallecimiento y, posteriormente, el médico de atención primaria del fallecido con este informe y los antecedentes del historial clínico realice el certificado. Lo cierto es que, independientemente de que exista la posibilidad legal de realizar el certificación en «dos tiempos», esto no es práctica habitual. Mas teniendo en cuenta que el médico que certifica adquiere un compromiso legal con el hecho del que está dando fe.
- Por otro lado, es necesario conocer la identidad del fallecido ya sea a través de documentación aportada, la identificación por parte de un tercero o que el médico conociese al fallecido por sí mismo antes del exitus.
- Además, es imprescindible que el médico que reconozca al cadáver diagnostique la muerte cierta.
- Por último, en el examen externo es necesario asegurarse de que se trate de una muerte natural. Se realizará un estudio del lugar de los hechos y de la víctima buscando signos de lucha, lesiones de defensa o cualquier otra que muestre signos de muerte violenta, incluye accidente laborales o de tráfico, o suicida. Tampoco se deben certificar muertes repentinas o inesperadas en personas sin antecedentes médicos ni clínica que justifique la causa de la muerte. En estos casos nos encontraríamos ante una muerte sospechosa de criminalidad. En todos estos casos se rellenará el parte de defunción que irá dirigido al Juzgado de Registro Civil o al Juez o Médico Forense del Juzgado de Instrucción de Guardia.

1.3.3. Recomendaciones de la Organización Médico Colegial para rellenar el certificado médico de defunción

La cumplimentación del certificado actual de defunción de la Organización Médica Colegial se va a dividir en varias secciones:

- a) **Identificación del Colegio de Médicos** en el que ejerce el médico que firme el CMD: Deberá coincidir con el Colegio que le corresponda a la localidad en la que se ha producido el exitus.
- b) **Datos de médico** que firma el certificado.
- c) **Datos del fallecido:** Deberá estar acreditada por el documento Nacional de Identidad, Pasaporte o Tarjeta de Residencia. En caso de que no se tenga documentación, se podrá acreditar la identidad por una tercera persona que deberá aportar su propia documentación y firmar bajo su número de DNI.
- d) **Hora y Fecha de la defunción:** Deberá ser lo más exacta posible por las repercusiones legales del propio certificado. Para evitar u este dato se manipule, deberán rellenarse la hora con cuatro cifras (00:00).
- e) **Lugar en el que ocurrió la defunción:** En este apartado no se hace referencia a la localidad en la que ocurrió el deceso. Sin embargo, y según las explicaciones de la OMC, Se considera que la localidad en la que el médico firma el certificado de defunción es la misma en la que se produjo el fallecimiento. En cuanto a la calle o indicación del lugar del exitus, no es necesario precisar el sitio exacto del fallecimiento ya que con fines estadísticos sólo será relevante si ocurrió en domicilio, hospital, residencia, lugar de trabajo u otros lugares.
- f) **Causas de la defunción:** Determinar cual fue la causa que desencadenó el fallecimiento puede ser muy conflictivo para el médico que certifica el fallecimiento. Lo importante es ser veraz y deducir la posible causa de fallecimiento lo más certera posible. Para deducir la causa del fallecimiento, es necesario tomar muy en cuenta los antecedentes del fallecido y la clínica o sintomatología que presentaba en los momentos previos al fallecimiento.

Para poder rellenar correctamente este apartado es preciso, en primer lugar, poder diferenciar los distintos tipos de causalidad presentes en el certificado de defunción. La **causa fundamental o principal** es la patología base que desencadena el proceso de muerte. La **causa inmediata** es el proceso último que produce el fallecimiento.

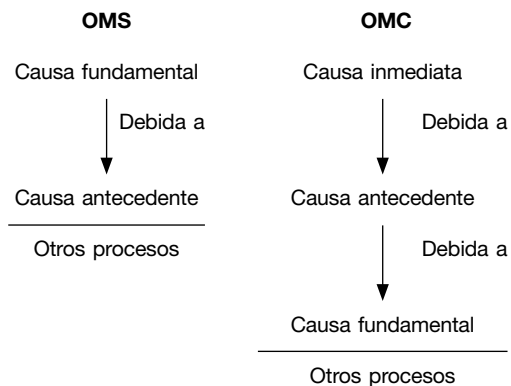
En el certificado de defunción actual se han introducido dos nuevos elementos que, si bien ya se encontraban en el Boletín estadístico de defunción del INE, no estaban presentes en el certificado. Son las **causas antecedentes** son aquellos procesos clínicos intermedios entre la causa principal y la inmediata y no siempre tienen porque estar presentes.

Por último, se incluye un apartado de **otros procesos** donde hay que dejar constancia de otros antecedentes que sin desencadenar la muerte por si mismos, han podido contribuir a la evolución de la causa fundamental.

Otra novedad del nuevo certificado de defunción es que en cada uno de estos epígrafes habrá que indicar el tiempo aproximado de evolución de cada proceso.

Lo cierto es que estos criterios de causalidad no se ajustan completamente a los propuestos por la Organización Mundial de la Salud. La OMS recomienda el empleo de una causa fundamental que puede tener una o varias causas antecedentes y otro epígrafe para otros procesos que hayas podido colaborar.

Por tanto, el esquema comparativo de la causalidad del fallecimiento propuesto por la OMS y por la Organización Médico Colegial sería el siguiente:



Por otro lado, a la hora de cumplimentar las causas de fallecimiento hay que intentar emplear terminología del CIE-10 y evitar el uso de términos ambiguos, signos y síntomas.

- f) **Indicios de muerte violenta:** Como ya se ha dicho, una muerte violenta o sospechosa de criminalidad no debe certificarse. Por lo que resulta contradictorio que conste esta pregunta en el

CMD. La explicación que da la OMC es que en determinadas muertes diferidas con origen en un accidente, ya sea laboral o de tráfico, podrán certificarse pero siempre indicando que las lesiones iniciales fueron producidas en el accidente. Habría que indicar el tipo de accidente y la fecha del mismo.

Sin embargo, hay que ser cuidadosos ya que una muerte de origen accidental puede dar derecho a indemnizaciones y otros derechos que si no se practica la autopsia judicial pueden perderse y dar lugar a situaciones de indefensión.

- g) **Se practicó la autopsia:** Este epígrafe recogerá los casos en los que se ha realizado autopsia clínica.

Sin embargo, para cumplimentar el certificado de defunción no basta con tener los conceptos claros sino que es necesario seguir unas directrices generales que van ayudar a cumplimentar un certificado lo más completo posible:

Como ya se ha comentado con anterioridad, es necesario explorar el cadáver y descartar causas violentas de fallecimiento. A continuación se enumeran otras recomendaciones de la OMC que van a ayudar, no sólo a una correcta certificación, sino también a evitar posibles responsabilidades profesionales:

- Rellenar personalmente el CMD.
- Que la información incluida sea siempre real. Existe una responsabilidad penal en caso de falsedad documental (art. 397 – 399 del Código Penal).
- Emplear mayúsculas para que sea legible.
- Bolígrafo negro si es posible.
- No emplear abreviaturas.

En relación con el secreto profesional el facultativo no tiene porque tener reparos ya que el certificado médico de defunción es un documento público que no quebranta el secreto profesional.

En las situaciones en las que un facultativo desconoce la causa exacta del fallecimiento, no es el médico habitual del fallecido y no lo conoce con anterioridad ¿Debería firmarse el certificado? Lo cierto es que si se descarta la muerte violenta y no se trata de una muerte súbita, inesperada y en una persona sin antecedentes, hay que plantearse la posibilidad de certificar desde un punto de vista ético.

Lo primero sería realizar el estudio de los antecedentes y preguntar sobre el estado de l fallecido los días anteriores.

2. Revisión de 514 certificados de defunción

2.1. Objetivo

El objetivo principal del trabajo es analizar si la cumplimentación de los certificados de defunción es correcta, principales fallos detectados, si se ajusta a las recomendaciones de la OMS.

Por otro lado, se estudiará si los certificados se rellenan de forma eficaz para la realización de las estadísticas de mortalidad y describir los principales errores en la cumplimentación de los certificados de defunción estudiados.

Para ello se analizarán los siguientes ítems:

- a) Tipos de certificados empleados.
- b) Contenido de los distintos documentos de certificado de defunción.
- c) Cumplimentación del certificado de defunción:

- Realizados manualmente o impreso.
- Colegiación del facultativo firmante.
- Método de identificación del fallecido.
- Lugar del fallecimiento en los certificados de la OMC.
- Causa inmediata del fallecimiento.
- Causa fundamental.
- Causa antecedente.
- Observaciones.
- Otros campos del nuevo certificado de la OMC.

- d) Correcciones realizadas en el certificado.

2.2. Material y método

Se estudiarán 533 certificados médicos de defunción de fallecimientos del municipio de Madrid. La obtención de los certificados se ha realizado en los Juzgados de Plaza de Castilla⁴ en 10 días seleccionados aleatoriamente entre el 15 de mayo y el 8 de agosto del 2009.

⁴ Se obtiene para la realización del estudio una autorización del Juzgado Decano de Plaza de Castilla con fecha dos de septiembre de 2009.

De los 533 certificados obtenidos 20 fueron desechados por no ser certificados de defunción sino dictámenes médico forenses o autorizaciones para inhumación de los Juzgados de Instrucción en casos de muertes judiciales. Por tanto, se realizó el estudio de 514 certificados de defunción.

No se limitó el análisis en base al origen del certificado ya fuese domicilio, hospitalario o residencia socio sanitaria.

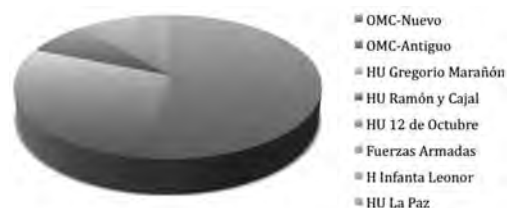
2.3. Resultados⁵

Tipos de certificados

En este apartado se mide el número de certificados que hay de cada formato. En el momento de tomar la muestra se había implantado ya el nuevo certificado de la OMC (puesta en marcha en enero de 2009), sin embargo, también se obtuvieron certificados antiguos de la OMC dado que estos están vigentes hasta finalizar las existencias.

Para cuantificar los certificados que hay de cada tipo se han separado los certificados por: nuevos certificados de defunción de la OMC, antiguos certificados de la OMC y por hospitales.

GRÁFICO 1
Tipo de certificado



- Organización Médico Colegial – Nuevo: 263/514 (51,1%)
- Organización Médico Colegial – Antiguo: 102/514 (19,8%)
- Hospital Gregorio Marañón: 51/514 (9,9%)
- Hospital Ramón y Cajal: 40/514 (7,7%)
- Hospital 12 de octubre: 37/514 (7,1%)
- Fuerzas armadas: 12/514 (2,3%)
- Hospital Infanta Leonor: 6/514 (1,1%)
- Hospital La Paz: 3/514 (0,5%)

Cumplimentación del documento

Modo de cumplimentarlo

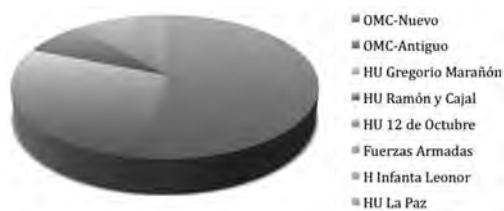
Las cuantificará los certificados en los que se rellena el certificado a mano y los que se realizan de forma impresa:

Manual: 508/514 (98,8%)

Impreso: 6/514 (1,2%)

Respecto al empleo de mayúsculas o minúsculas en el certificado, se contabilizarán los certificados que hayan sido cumplimentados manualmente. Se considerará como rellenos con mayúsculas o minúsculas sólo aquellos que empleen este tipo de letra en todo el documento. En los casos que combinen ambas modalidades se considerará como cumplimentación mixta.

GRÁFICO 2



- Mayúsculas: 270/508 (52,52%)
- Minúsculas: 105/508 (20,4%)
- Mixta: 133/508 (25,8%)

Colegiación del facultativo firmante

Se analizará el lugar de colegiación del médico firmante y los casos en los que, en el certificado nuevo, el médico no ha cumplimentado el espacio reservado para indicar el colegio de médicos al que pertenece:

1. Colegiados en Madrid: 505/514 (98,24%).
2. Colegiados fuera de Madrid: 9/514:

4 certificados de colegiados en Toledo, 3 certificados firmados por médicos colegiados en Guadalajara, 1 certificado firmado por médico colegiado en Gerona y 1 por facultativo colegiado en Alicante.

⁵ Los resultados quedarán plasmados en base al total de los certificados cuantificados en cada ítem.

3. No indica el número de colegiado: 10/514.
4. Certificados cumplimentados por dos médicos: 1/514.
5. El número de colegiado de la identificación del facultativo no coincide con el número de colegiado que acompaña la firma: 1/514.
6. No se especifica el lugar de colegiación (sólo en certificados nuevos de la OMC): 64/263

Identificación del fallecido

Se estudiará los métodos que emplea el facultativo para identificar el cadáver y como rellena esos espacios en el certificado.

DNI/Pasaporte/NIE: 404/514 (78,6%)
 DNI pero sin especificar el número: 4/514 (0,7%)
 Por otra persona: 47/514 (9,1%)

Se especifica su DNI: 17/514
 Se especifica su DNI y firma el certificado: 28/514
 No se especifica quien es: 2/514

Lo conoce por ciencia propia: 6/514 (1,1%)
 No cumplimentado: 53/514 (10,3%)

Lugar del fallecimiento

Se evalúa el lugar en el que se ha producido el fallecimiento. Se calcula individualmente el domicilio, los hospitales públicos (de manera pormenorizada) y privados y las residencias sociosanitarias. Posteriormente, se calculará el valor global de fallecidos en domicilio, hospital y residencias sociosanitarias.

- A. En el nuevo certificado de defunción de la OMC:

Domicilio: 26/263
 Centro hospitalario: 210/263

Público: 135/263

1. No identificado: 9/263
2. Hospital La Paz: 28/263
3. Fundación Jiménez Díaz: 27/263
4. Hospital Clínico San Carlos: 28/263
5. Hospital de la Princesa: 19/263
6. Hospital Infanta Leonor: 1/263
7. Hospital Cruz Roja: 5/263
8. Hospital 12 de Octubre: 2/263
9. Hospital de Cantoblanco: 1/263
10. Fundación Instituto San José: 12/263
11. Hospital Santa Cristina: 1/263
12. Hospital Virgen de la Torre: 2/263

Privado: 75/263

Residencia sanitaria: 27/263
 Lugar de trabajo: 0/263
 Otro lugar: 0/263

- B. En el antiguo certificado de defunción de la OMC:

Domicilio: 54/102
 Centro hospitalario: 40/102

Público: 25/102

1. No identificado: 0/102
2. Hospital La Paz: 10/102
3. Fundación Jiménez Díaz: 2/102
4. Hospital Clínico San Carlos: 4/102
5. Fundación Instituto San José: 2/102
6. Hospital Carlos III: 3/102
7. Hospital La Princesa: 4/102

Privado: 15/102

Residencia sanitaria: 8/102

El resultado total en relación con el lugar de fallecimiento se obtiene de sumar, en el caso de los domicilios y de las residencias socio sanitarias, los valores de los certificados de la OMC (nuevos y antiguos). Para los hospitales el cálculo se hace sumando los certificados de los hospitales con modelo propio a los obtenidos en los impresos de la OMC:

GRÁFICO 3
 Lugar de fallecimiento



Totales:

- Domicilio: 80/514 (15,5%)
- Hospital: 399/514 (77,6%)
- Residencia socio sanitaria: 35/514 (6,8%)

Causa inmediata del fallecimiento:

En el análisis de las causas inmediatas de fallecimientos se han cuantificado las causas siguiendo el criterio de la OMS para causas de muerte según la clasificación actualizada del CIE-10. Por interés en el análisis el empleo de algunos términos dado su

interés será detallado, además de en el listado de la OMS de manera independiente, para conocer si existe un abuso en el empleo de estas causas en los certificados de defunción analizados.

1. Enfermedades infecciosas parasitarias: 15/514
Shock séptico sin detallar el origen del mismo: 6
2. Tumores; 6/514
3. Enfermedades de la sangre y de los órganos hematopoyéticos, y ciertos trastornos que afectan al mecanismo de la inmunidad: 6/514
4. Enfermedades endocrinas, nutricionales y metabólicas: 2/514
5. Trastornos mentales y del comportamiento: 0/514
6. Enfermedades del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos: 8/514
Muerte encefálica: 5
7. Enfermedades del sistema circulatorio: 364/514
Parada cardiorrespiratoria: 314
Parada cardíaca: 19
Insuficiencia cardíaca: 4
8. Enfermedades del sistema respiratorio: 59/514
Insuficiencia respiratoria: 39
Parada respiratoria: 8
9. Enfermedades del sistema digestivo: 11/514
10. Enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo: 0/514

11. Enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo: 0/514
12. Enfermedades del sistema genitourinario: 2/514
13. Embarazo, parto y puerperio: 0/514
14. Afecciones originadas en el periodo perinatal: 0/514
15. Malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas: 0/514
16. Síntomas, signos y hallazgos anormales clínicos y de laboratorio, no clasificados en otra parte: 28/514
Fracaso/fallo multiorgánico: 26

Fuera de las causas de muerte codificadas por la OMS se encontraron estos resultados:

- Causa de muerte de origen externo: Postquirúrgica: 1/514
- No consta la causa inmediata: 2/514
- Varias causas inmediatas: 10/514

Causa fundamental

Se hará una clasificación de las causas fundamentales de fallecimiento en base a la organización de causas de defunción según los criterios de la Organización Mundial de la Salud en la última actualización del CIE-10:

TABLA 1

Causas de mortalidad CIE-10	Nº de certificados	Porcentaje (%)
• Enfermedades infecciosas parasitarias	17/514	3,3
• Tumores	152/514	29,57
• Enfermedades de la sangre y de los órganos hematopoyéticos, y ciertos trastornos que afectan al mecanismo de la inmunidad	0	0
• Enfermedades endocrinas, nutricionales y metabólicas	3/514	0,58
• Trastornos mentales y del comportamiento	0	0
• Enfermedades del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos	18/514	3,5
• Enfermedades del sistema circulatorio	103/514	20,03
• Enfermedades del sistema respiratorio	53/514	10,31
• Enfermedades del sistema digestivo	13/514	2,52
• Enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo	1/514	0,19
• Enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo	4/514	0,77
• Enfermedades del sistema genitourinario	7/514	1,36
• Embarazo, parto y puerperio	1/514	0,19
• Afecciones originadas en el periodo perinatal	2/514	0,38
• Malformaciones congénitas, deformidades y anomalías cromosómicas	1/514	0,19
• Síntomas, signos y hallazgos anormales clínicos y de laboratorio, no clasificados en otra parte	7/514	1,36

Fuera de las causas de muerte codificadas por la OMS se encontraron estos resultados:

Causa de muerte de origen externo:

- a) Sobredosificación en la toma de Sintrom®: 1/514
- b) Postquirúrgica: 3/514

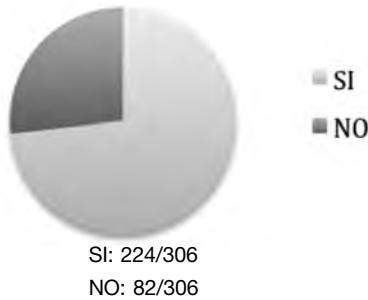
No consta la causa fundamental: 51/514 (9,92%)

Varias causas fundamentales: 74/514 (14,39%)

Inteligible: 3/514

Causa antecedente

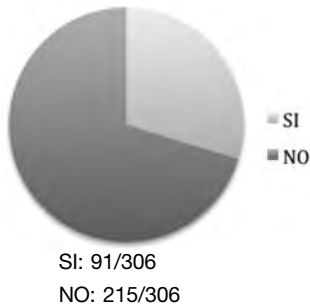
GRÁFICO 4
Causas antecedentes



Se cuantifica los casos en los que esté parámetro se ha rellenado y en cuantos el espacio ha quedado vacío (válido solamente para los certificados del Hospital Universitario de Ramón y Cajal y para el nuevo certificado de la OMC). No se valorará el contenido de esta sección.

Otros procesos

GRÁFICO 5
Otros procesos



Al igual que en el caso anterior, se analiza en cuantas ocasiones este apartado ha sido cumplimentado (válido solamente para los certificados del Hospital Universitario de Ramón y Cajal y para el nuevo certificado de la OMC). No se valorará en contenido de esta parte del certificado.

Observaciones

Se estudian los casos en los que el médico ha dejado alguna anotación en el certificado de defunción en relación con inconvenientes para incinerar el cadáver o el destino del mismo.

- Relacionadas con la posibilidad de realizar incineración:

Sin observaciones: 194/514

No existe inconveniente para la incineración: 298/514

Llevando prótesis: 6/514

Llevando marcapasos: 2/514

Donante: 3/514

No es portador de marcapasos ni de prótesis: 4/514

Cadáver portador de marcapasos: 2/514

Cadáver portador de prótesis: 1/514

- No existe inconveniente para conservar el cadáver en cámara: 2/514
- No existe inconveniente para que salga de la Comunidad Autónoma: 1/514
- Incomprensible: 1/514

Otros campos del nuevo certificado de la Organización Médico Colegial

En este caso el objetivo es analizar si los apartados que aparecen en relación con muerte violenta en el nuevo certificado de la OMC se rellenan con asiduidad o no. Se registrará los casos en los que se ha rellenado esta opción y se especificará si se tacho la casilla del SI o del NO:

- Muerte violenta: 254/263
(en todos los casos se tacho la casilla de NO ha sido una muerte violenta)
- Realización de autopsia: 226/263
(Se tacho en una ocasión una respuesta afirmativa. Las otras 225 respuestas fueron negativas)
- Fallecimiento consecuencia de un accidente: 0/263
- Fecha del accidente: 2/263

Correcciones realizadas en el cmd

1. Por el médico que firma el certificado: 63/514
2. Por otro facultativo distinto al que firma el certificado: 3/514
3. Errores/tachones no corregidos: 30/514

2.4. Discusión

Respecto al **formato de certificado** que se usa, lo primero que llama la atención es que no se está empleando siempre, como marcan los Estatutos de la Organización Médica Colegial (OMC), los certificados de la OMC. En 149 de los 514 certificados se emplearon modelos distintos al de la OMC. Esto puede deberse a una política de gestión hospitalaria o a la dificultad que supone esperar a que los familiares del fallecido acudan hasta una farmacia y vuelvan con el modelo oficial.

En este sentido hay dos excepciones que llaman la atención.

- El certificado de las Fuerzas Armadas en el que se puede leer *«Oficial a todos los efectos para el personal de las Fuerzas Armadas y familiares – Decreto 59/1960, de 14 de enero <B. O. del Estado> número 21. Adaptación del modelo aprobado por Orden de Presidencia del Gobierno de fecha de 25 de febrero de 1960.»*
- El impreso del Hospital Universitario Ramón y Cajal acompañado de un pe de página que dice: *«Este impreso ha sido autorizado con validez registral por la Magistrada-Juez del registro Civil de Madrid con fecha 4/10/06.»*

El inconveniente a la excepción del certificado de las Fuerzas Armadas es que su contenido en cuanto a causas es distinto al documento de la OMC lo que dificulta la homogeneización de las estadísticas.

Respecto a los certificados de los hospitales, son sólo dos los que se adaptan al modelo de la OMC en cuanto a causas y antecedentes de defunción: el Hospital Universitario Ramón y Cajal y el Hospital Universitario La Paz.

Resulta llamativo que ningún centro hospitalario o residencia privada tienen su propio modelo y se ciñen siempre al certificado de la Organización Médica Colegial.

En relación con **la cumplimentación del certificado** son varios los ítems a analizar:

En primer lugar se estudia si los certificados se cumplimentaron **a mano o en formato electrónico**.

Lo cierto es que no hay ninguna recomendación explícita al respecto si bien si que se recomienda emplear bolígrafo negro y mayúsculas si fuera posible. Prácticamente todos los certificados se rellenaban manualmente y sólo dos hospitales optaron por el certificado en formato electrónico: El Hospital Universitario La Paz y el Hospital Infanta Leonor.

El mayor inconveniente en los certificados impresos estudiados es que la impresión de certificado incluye datos personales como el número de historia clínica. La aparición de dicha información en un documento público como es el certificado de defunción vulnera lo legislado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por otro lado, la cumplimentación de los **datos de colegiación** del médico firmante están prácticamente bien realizada en la mayoría de los casos. Los diez casos en los que no viene indicado el número de colegiado pertenecen todos ellos a certificados de las Fuerzas Armadas y, en ese caso, el médico opta por identificarse con su rango.

La falta de especificación del Colegio de Médicos al que pertenece el médico en los certificados nuevos puede deberse a dos motivos: Este espacio no existía en los impresos antiguos de la OMC por lo que el médico no tiene hábito de rellenarlo; o bien, que el médico considere que dicha información ya va implícita en su número de colegiado y por ese motivo no la cumplimenta.

A la hora de **identificar al fallecido** en un 78,5% de los casos se realiza a través de la documentación del propio fallecido. Un 0,7% se identifica a través del DNI pero no se especifica el número del mismo en el certificado. Un 9,1% se recuerda a una tercera persona para establecer la identidad del fallecido de los cuales en 28 casos, la persona que identifica al fallecido también firma el certificado.

Según algunos autores, es imprescindible que la persona por la que se conoce la filiación del fallecido firme también el certificado. Sin embargo, la OMC no hace recomendaciones al respecto ni lo señala como requisito imprescindible.

Por otro lado, llama la atención que en un 10,3% de los certificados no se identifique al fallecido de ninguna manera. El 94% de estos casos se debe a los certificados del Hospital Universitario Gregorio Marañón donde para la identificación del fallecido no precisa es necesario registrar el número de su Documento Nacional de Identidad. Si queda constancia, en cambio, del nombre de los padres, lugar de nacimiento, fecha y última residencia.

Hay que ser cuidadosos porque, en base a la bibliografía consultada, es el error en la identificación

la causa más frecuente e responsabilidad profesional en relación con el certificado de defunción.

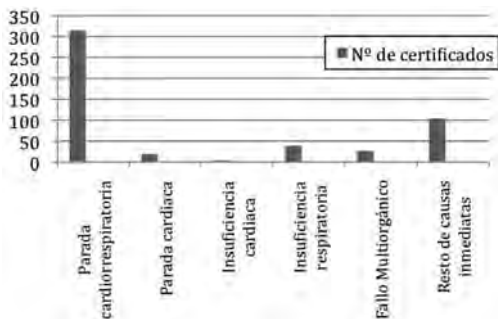
El estudio de los **lugares de fallecimiento** nos da dos datos: por un lado, al ver los certificados de la Organización Colegial cumplimentados en hospitales públicos observamos que no todos los hospitales tienen su propio modelo y que muchos de ellos se ciñen al impreso propuesto por la OMC. Son HU La Paz (a partir de agosto de 2009 si tiene certificados propios), Fundación Jiménez Díaz, HU Clínico San Carlos, HU de la Princesa, H de la Cruz Roja, H de Cantoblanco, Fundación Instituto San José, H Santa Cristina y H Virgen de la Torre. Otros, como H Infanta Leonor y HU 12 de Octubre, cumplimentan certificados propios pero también los de la OMC.

Desde otro punto de vista, hace años se sabe que se ha producido una tendencia a que la muerte sea un proceso medicalizado fuera del domicilio. Sin embargo, llama la atención el escaso número de fallecimientos que se producen fuera del ámbito hospitalario que alcanza hasta en un 77,6% de los casos.

Respecto a las causas de muerte, el análisis de las **causas inmediatas** de fallecimiento muestra que en un gran número de certificados se emplean causas que no aportan información o que son ambiguas. En la siguiente gráfica se refleja el «peso» estadístico de algunas causas que no aportan demasiada información.

En esta lista se detallan algunas de las causas inmediatas más empleadas, juntas suponen el 79,7% de los certificados. Estos términos no aportan mucha información en la mayoría de los casos. Lo cierto es que la Organización mundial de la Salud si las recoge en el CIE-10 como posibles causas de muerte, sin embargo, lo hacen para casos muy concretos.

GRÁFICO 6



- Parada cardiorrespiratoria: 314
- Parada cardíaca: 19
- Insuficiencia cardíaca: 4
- Insuficiencia respiratoria: 39
- Parada respiratoria: 8
- Fracaso/fallo multiorgánico: 26

La percepción durante el análisis es que, por ejemplo, la parada cardiorrespiratoria no se emplea sólo en fallecimientos donde pudiese estar justificado, por ejemplo en el ámbito domiciliario donde se carece de la riqueza de datos del hospital. Tampoco suele asociarse con posibles situaciones que desencadenen una parada cardiorrespiratoria como un tromboembolismo pulmonar. Lo que se deduce del estudio es que la parada cardiorrespiratoria se emplea como comodín (en este estudio está presente en el 61% de los certificados) en cualquier tipo de fallecimiento.

El principal problema que se plantea es que pueden alterarse los resultados estadísticos. Para realizar el análisis, el Instituto Nacional de Toxicología lo que hace es un análisis global de las causas para deducir la causa básica de muerte que es la que luego se emplea en Medicina preventiva y Salud Pública. Sin embargo si la cumplimentación es ambigua y no precisa bien las causas del fallecimiento se pierde todo el valor estadístico.

Por tanto, cabe plantearse la necesidad de que los modelos de certificado retiren la causa inmediata, como algunos autores proponen, no sólo por la poca información que suele dar sino también porque ésta no se ajusta a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

Las **causas fundamentales** si ofrecen datos más específicos que la causa inmediata y son los que dará, normalmente, más información para las estadísticas de causas de muerte que son la que, en definitiva, se emplearán para Salud Pública y Gestión Sanitaria.

En todo caso, muchas de las causas fundamentales se tratan también de términos ambiguos o mal filiadas.

Los resultados obtenidos coinciden con otras estadísticas similares sobre causas de mortalidad en nuestro medio. Por orden de frecuencia las principales causas de fallecimiento son:

- FREC

- Enfermedades del sistema digestivo (2,52%)
- Enfermedades infecciosas y parasitarias (3,3%)
- Enfermedades del sistema nervioso y órganos de los sentidos (3,5%)
- Enfermedades del sistema respiratorio (10,31%)
- Enfermedades del sistema circulatorio (20,03%)

+ FREC

- Tumores (29,57%)

Llama la atención que en el 14,39% de los casos se cumplimentaras dos o más causas de muerte. Esto

es importante porque, a la hora de realizar las estadísticas la codificación puede ser complicada si hay más de una causa. En las situaciones de duda es necesario plantearse

Es posible que parte del problema en la cumplimentación de los certificados de defunción sea la escasa formación que recibe el médico en España en materia de certificados. También sería recomendable que el médico se concienciase de la importancia del documento para la Sanidad Pública y la gestión sanitaria ya que es habitual que el médico no suele darle demasiada importancia y tiene, en muchas ocasiones, el concepto de que el certificado es sólo un trámite administrativo para la inhumación del cadáver.

Otro método que ayudaría a mejorar como se cumplimentan causas de defunción del certificado sería mediante el empleo de guías del CIE-10 o programas informáticos que facilitan la toma de decisiones y que, además, armonizarían los términos empleados en los certificados.

En el nuevo certificado aparecen nuevos elementos que, al analizar como han sido rellenados, nos dan una visión de falta de preparación del médico para cumplimentarlos. Así, y como se puede ver en la gráfica de los resultados, las **causas intermedias/antecedentes** son cumplimentadas por un 73% de los médicos mientras que el apartado «**otros procesos**» sólo es rellenado en un 29,7 de los casos. De hecho, hay que puntualizar que al filiar las causas intermedias hay muchas ocasiones que éstas son confundidas con la causa fundamental dejando el espacio para esta última vacía.

Estas conclusiones apoyan el argumento, tantas veces defendido por diversos autores y en este trabajo, de que es necesario un proceso formativo para que el médico conozca mejor el documento al que debe «enfrentarse».

De hecho, experiencias previas, han demostrado una mejora clara en los métodos de rellenar certificados de defunción por parte de los médicos que los recibían.

Ocurre, sin embargo, todo lo contrario con el epígrafe de **muerte violenta** y realización de **autopsia** siendo ambos rellenados con un «NO» en un 95,5% y 85,5% respectivamente.

Todo lo contrario ocurre en los casos donde se pregunta si la **muerte** ocurrió como **consecuencia de un accidente** y el tipo ya que ninguno de los 263 certificados que presentaban esa casilla la tenían señalada ni de manera afirmativa ni negativa.

Relativo a las **observaciones** del certificado de defunción, es habitual que si el cadáver va a ser incinerado, el médico deje registrado si existe o no

inconveniente médico para la incineración. Esto es así por dos motivos:

1. El médico debe descartar la posibilidad de que existan circunstancias de responsabilidad profesional o de muerte violenta que sean la causa del fallecimiento.
2. Es necesario avisar en caso de que el paciente sea portador de marcapasos o de prótesis ya que pueden resultar peligrosos a la acción del calor.

Lo cierto es que este último punto no tiene tanta importancia en la actualidad dado que los hornos crematorios están preparados para posibles efectos indeseables al contacto del fuego con las prótesis y las pilas de los marcapasos.

El examen de los 514 certificados muestra que en un 63% de los casos se hacen anotaciones al margen relativas a la posibilidad de incineración del cadáver.

Sin embargo, si hay que añadir que es muy importante que, en caso de hacer observaciones o correcciones, es imprescindible firmar al lado de las anotaciones para así garantizar que el documento no sea manipulado con posterioridad.

Errores detectados

A continuación se enumeran los principales errores detectados durante el análisis de los 514 certificados de defunción. Se incluyen todas las erratas cometidas aunque sólo aparezcan una vez y no tengan una relevancia significativa. Además, varios errores pueden pertenecer a un mismo certificado de defunción por lo que estos resultados no se presentarán en relación con el número total de certificados.

1. Varias causas fundamentales: 70
2. Varias causas inmediatas: 13
3. Cambiar causa inmediata y fundamental: 7
4. Poner causa inmediata y fundamental en un mismo epígrafe y sin identificarlas: 2
5. Falta causa fundamental: 26
6. Falta causa inmediata: 2
7. Poner el mismo concepto en causa inmediata y fundamental: 12
8. Relacionar la causa de defunción con actuaciones médicas: 5
9. Uso de siglas o abreviaturas: 23
10. Existencia de tachones/errores no validados por el médico: 19
11. Ininteligible alguna de las partes del certificado: 7
12. Cumplimentación de las horas de forma incompleta (sin usar el formato completo 00:00): 45
13. Falta por rellenar los minutos: 14

14. El número de colegiado cumplimentado al identificar al médico es distinto del número de colegiado del médico firmante: 1
15. Relacionar la causa fundamental o inmediata con actos quirúrgicos: 5
16. El médico se identifica con su número de DNI: 1
17. Poner como causa de fallecimiento causas imprecisas que no aclaran el proceso de fallecimiento: Parada cardiorrespiratoria: 310
18. Poner en observaciones resultados de pruebas clínicas: 1
19. Se escriben observaciones que posteriormente no son validadas con firma: 130
20. Poner en el espacio reservado con otros procesos observaciones no relacionadas con patologías del fallecido (En los certificados nuevos de la OMC).
21. Poner el tiempo de las patologías en minutos (En los certificados nuevos de la OMC):
22. Poner en los tiempos de evolución de una parada cardíaca (causa inmediata) un tiempo de evolución de 10 meses (En los certificados nuevos de la OMC): 1
23. Anotar tiempos de evolución en espacios donde no se ha cumplimentado ninguna causa ni patología (En los certificados nuevos de la OMC): 2
24. Imprimir el certificado de defunción en un folio que se identifica como informe provisional: 1
25. En los CMD impresos consta el número de historia clínica del paciente cuando este es un dato protegido por la LOPD: 5
26. No se puntualiza como se conoce la identidad del fallecido: 53
27. Indicar el tiempo de evolución de un proceso en minutos: 1
28. Poner el DNI del médico: 1

2.5. Conclusiones

1. El médico debe cumplimentar siempre que le sea posible el certificado de defunción y el Boletín Estadístico de defunciones.
2. En la actualidad no se emplea en todos los centros hospitalarios el modelo de certificado de defunción de la Organización Médico Colegial. Sería recomendable que los centros que tienen su propio certificado, al menos, se adaptasen al impreso de la OMC para homogenizar el contenido del documento y que solicitasen, si fuese posible, autorización al Juez del Registro Civil para el uso de sus propios impresos y que les concediese validez registral.
3. Es necesario que en los certificados médicos de defunción cumplimentados en el ordenador se omita información de carácter personal que pueda vulnerar el derecho a la intimidad.
4. Todos los certificados deben incluir un apartado en el que anotar el número de DNI del fallecido para poder identificarlo correctamente y, así ajustarnos a Ley de Registro Civil y el Real Decreto que la desarrolla.
5. En el momento de anotar la hora y la fecha es necesario hacerlo con el formato completo para evitar manipulación del documento por parte de terceros.
6. Se observa una clara tendencia a producirse los fallecimientos en el ámbito hospitalario que alcanza hasta un 77,6% de los casos.
7. En relación con las causas inmediatas de fallecimiento se observa claramente un abuso a la hora de emplear el término parada cardiorrespiratoria (61%) y otros conceptos ambiguos (79,7% de los casos).
8. Ante la poca información que dan las causas inmediatas de muerte y, teniendo en cuenta que su uso en los certificados de defunción no se ajusta a las recomendaciones de la OMS, cabe plantearse sino no sería aconsejable retirar la causa inmediata de los certificados de defunción.
9. Que el análisis de las causas de muerte fundamental se asemeja a otros estudios similares realizados en nuestro entorno y a las estadísticas del INE de causas de muerte siendo las principales las neoplasias, la patología circulatoria y la patología respiratoria.
10. Que la cumplimentación de los nuevos certificados de defunción de la Organización Médica Colegial resulta más complicada para los médicos detectándose una mayor tasa de errores al rellenar las causas que en los anteriores certificados de la OMC.
11. Que es necesario hacer un esfuerzo formativo a los médicos teórico-práctico sobre la cumplimentación del certificado de defunción. Debiera también hacerse hincapié en la importancia de los certificados para las estadísticas de Salud Pública. El objetivo debe ser mejorar la metodología empleada para certificar los fallecimientos y, así, garantizar la validez de las estadísticas de las causas de muerte.
12. Es imprescindible el empleo de términos lo más precisos posible para que la codificación posterior en el Instituto Nacional de Estadística sea fiable y completa.

13. Sería recomendable que la administración sanitaria facilitase el uso de guías o manuales de codificación, ya sean informáticos o manuales, que ayudasen a la elección de las causas de muerte y estandarizasen el vocabulario basándose en la clasificación del CIE-10.
14. Que si se realizan observaciones, anotaciones o correcciones en el certificado de defunción, éstos deben ir acompañados de la rúbrica del médico que rellena el documento para certificar que no han existido manipulaciones ulteriores.
15. Es importante dar una información veraz y completa para evitar posibles problemas de responsabilidad profesional por mala cumplimentación del certificado. Hay que tener en cuenta que al realizar el certificado de defunción estamos dando fe de lo que en él se diga.

3. Cuestiones prácticas en derecho sanitario

Certificado de defunción mal realizado, como posible promotor de reclamaciones por responsabilidad profesional

El certificado de defunción como documento médico legal que es, puede ser susceptible de producir responsabilidad profesional.

Lo más habitual es que la responsabilidad surja por falsificación en alguno de los datos del certificado, principalmente en la identificación del paciente. Hay que recordar que es imprescindible que la identidad del cadáver se acredite con algún documento oficial y, en su defecto, con el de un familiar o allegado.

Pero también si el médico realiza un certificado de un fallecido que no ha visto o evita poner una determinada causa para que la familia pueda cobrar un seguro de vida puede, como ya se dijo con anterioridad, ser condenado penalmente por falsificación.

Otra posibilidad es que entre las causas de muerte se incluya alguna que relacione la defunción con un acto quirúrgico, la prescripción de un medicamento, una complicación, etc. Ya que ese puede ser el lecho para una posterior reclamación.

Por tanto, hay que ser meticuloso al cumplimentar un certificado de defunción sin que el miedo a una posible reclamación nos abstenga de certificar el fallecimiento.

Situaciones de incineración y traslado a otros países.

Todo lo relativo a la gestión de un cadáver va a venir regulado en los reglamentos de Policía de Sanidad mortuoria (El Real Decreto 2.263/74, de 20 de julio, aprobó el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, de ámbito nacional). Actualmente, esta regulación es de carácter autonómico y es cada Comunidad autónoma la que lo desarrolla. De todas formas, salvo pequeñas excepciones, existe gran homogeneidad entre las distintas Autonomías.

En cuanto a la **incineración**, el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria establece que la incineración es «la reducción a cenizas de un cadáver o resto cadavérico mediante aplicación de calor en medio oxidante». La cremación garantiza la separación de los restos del difunto de materias ajenas al mismo (fétetro, sudario), así como el hecho de que las cenizas deben resultar químicamente puras.

Dado que será imposible realizar estudios ulteriores en el cadáver es imprescindible que el médico que certifique el fallecimiento, en casos no judiciales, no tenga ninguna duda de que se trata de una muerte natural y no relacionada con mala praxis médica.

Al certificar un cadáver que vaya a ser incinerado habrá que tener en cuenta que muchos registros civiles exigen dos certificados médicos originales para realizar la cremación ya que el registro de defunción se gestionará de igual manera que los cadáveres inhumados.

Una vez que se ha incinerado el cadáver, el traslado de los restos ya no estará sujeto a ninguna exigencia sanitaria.

Respecto al traslado de cadáveres en ámbito internacional viene regulado por el acuerdo de Estrasburgo de 26 de octubre de 1973 y que fue ratificado por España el 5 de febrero de 1992. El objetivo era simplificar los trámites para el traslado de cadáveres en el ámbito europeo. El cadáver deberá ir acompañado de un documento denominado «salvoconducto mortuorio», expedido por la autoridad competente del Estado de partida, que deberá contener:

- Los apellidos y nombre de la persona fallecida.
- Fecha y lugar de fallecimiento.
- Causa de la defunción (expresada en inglés, francés o mediante el código del CIE-10) si lo ha sido por muerte natural o no contagiosa, y si ello no es posible por motivos de secreto profesional, se hará constar en un certificado que indique dicha causa, en sobre sellado, firmemente unido al «salvoconducto mortuorio».

- Edad y lugar de nacimiento.
- Medio de transporte en que se hará el traslado, indicando el lugar de partida, el itinerario y el lugar de destino.

Hay que tener en cuenta que no se autorizará el traslado de cadáveres cuya causa de defunción represente un peligro sanitario, como es el cólera, viruela, carbunco y aquellas otras que se determinen por la Dirección General de Sanidad, y los cadáveres contaminados por productos radiactivos.

Para el traslado al extranjero será necesario realizar una conservación transitoria del cadáver y embalsamamiento si la inhumación se hará más de 72 horas tras la defunción.

En caso de traslado, los cadáveres embalsamados habrán de depositarse en féretros de las características señaladas en el artículo 40 dos cajas de madera fuere y al menos 20 milímetros de espesor).

4. Bibliografía

1. Cobo Plana J.A. *Certificado médico de defunción. Manual de cumplimentación*. Masson, S.A. 2002.
2. Fernández, G, Jiménez, L. *Mediuris: derecho para el profesional sanitario*. Ed. Marcial Pons 2008.
3. Gisbert, JA, Villanueva, E. *Medicina legal y toxicología*. Ed. Masson. 6º edición. 2004.
4. Jose Castellá (Coordinador). *Guía práctica de aspectos médico legales en atención primaria*. Publicado por Laboratorios Stada y el Instituto de Medicina Legal de Cataluña. 2008.
5. *Organización Mundial de la Salud. Certificación médica de las causas de defunción*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 1980.
6. Organización Mundial de la Salud: Versión online de CIE-10 actualizado. <http://www.who.int/classifications/icd/en/>
7. *Declaración sobre las cualidades del certificado médico y sobre sus diferencias con los partes y los informes médicos. Peculiaridades del certificado médico de defunción*. Organización Médico Colegial. Enero 2007.
8. www.certificaweb.es CERTIFICA: Autoformación Médica para la Certificación de la Defunción. Unidad 3: realización de casos prácticos on-line.
9. *Manual de casos prácticos del área de bioética y derecho sanitario programa on-line: Preguntas y respuestas sobre cuestiones bioético-legales*. Servicio Madrileño de Salud. Dirección General De Atención Al Paciente. 2009.
10. Josep Arimany Mansoa,*; Eneko Barbería Marcalainb y Juan J. Rodríguez Sendinc. *El nuevo certificado médico de defunción*. Rev Esp Med Legal. 2009;35(1):36. Editorial Esclvier.
11. Reyes, A. *Certificado de defunción: Normas y criterios para su correcta redacción y responsabilidades en las que se puede incurrir*. Calidad y riesgo. Uniteco. Número 8. Noviembre 2008.
12. Aina Estarellas-Roca, Luis Anaya-Moreno, Francisco Miró-García y Francisco García-Sayago (Institut de Medicina Legal de Catalunya. Divisió de Tarragona). *Importancia de la documentación clínica para la Administración de Justicia*. Med Clin (Barc). 2006;126(12):473-6. Localizador web: artículo: 118.149.
13. Raba Oruña;, Villa Puente;, Royano Ruiz;, Ortiz Lebaniegos; Solar Herrera A; Díez Gutiérrez A. *Errores en la cumplimentación de los certificados médicos de defunción: la parada cardio-respiratoria como causa inmediata de muerte y sus consecuencias*. Revista Española de Medicina General Nº 65. Junio 2004.
14. Crespo, S. Análisis comparativo del certificado médico de defunción en los periodos 1989-1992 y 1996-1997 en Sabadell. Interpretación según legislación vigente. Tesis doctoral. Codirección: Castella i García, J, Franch i Nadal, J. Universidad Autónoma de Barcelona. 2004.
15. L. Cirera Suárez, C. Navarro Sánchez, X. Barber Vallés, J. Contreras Gil, C. Martínez López y J. García Rodríguez. *Necesidades prioritarias en formación médica en certificación de defunciones en España*. Aten Primaria 2002. 15 de abril. 29 (6): 348-355. Localizador web: artículo: 46.186.
16. Castella J, Giménez D, Sos P, Crespo S, Tortosa JM. *El parte judicial de defunción*. Semfyc. 2001;28:278-82.
17. Cirera LI, Martínez C, Contreras J, Navarro C. *Aprendizaje y satisfacción de los talleres de pre y posgrado de medicina para la mejora en la certificación de las causas de defunción, 1992-1996*. Rev Esp Salud Públ 1998;72:185-95.
18. *Estadística de Defunciones según la Causa de Muerte*. INE. Plan de Actuación para el año 2009.
19. Segura, A. *Contribución del médico al conocimiento de los problemas de salud de la comunidad: la certificación de las causas de muerte*. Medicina Integral. Volumen 14, número 2. Junio 2009.
20. Segura, A., Gispert, R. *Las estadísticas de mortalidad y la certificación de las causas de defunción en España. Una puntualización necesaria*. Medicina Clínica (Barcelona) 199; 95: 38-9.
21. Villar, J. *Causa de muerte: Errores de la certificación de defunción*. Medicina clínica (Barcelona). 1989; 93: 463-466.
22. Abós-Hernández, R. Programa piloto para la mejora de la certificación de las causas de muerte en AP de Cataluña. Gaceta sanitaria. 2006; 20(6): 450-6.
23. Gispert, R. La codificación para la normalización: particularidades de la codificación de causas de muerte. Server d'Informació i Estudis. Departament de salut. Generalitat de Catalunya. 2009.
24. Ley del registro civil de 8 de junio de 1957.

- | | |
|--|--|
| <p>25. Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el reglamento de la ley del registro civil.</p> <p>26. 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.</p> <p>27. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.</p> | <p>28. Decreto 124/1997 por el que se aprobó el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid.</p> <p>29. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</p> <p>30. Real Decreto 2.263/74, de 20 de julio, aprobó el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, de ámbito nacional.</p> |
|--|--|

5. Anexo

5.1. Certificado de defunción actual de la Organización Médico Colegial

OMC
ORGANIZACIÓN
MÉDICA
COLEGIAL
DE ESPAÑA

CERTIFICADO MÉDICO DE DEFUNCIÓN

Colegio de _____

Nº Certificado _____

D. / Dña. _____
en Medicina y Cirugía, colegiado/a en _____, con el número _____
y con ejercicio profesional en _____

CERTIFICO la defunción de

Nombre del fallecido/a: _____

1º Apellido del fallecido/a: _____

2º Apellido del fallecido/a: _____

Fecha de nacimiento: Día _____ Mes _____ Año _____ Sexo: Varón Mujer

Documento de identidad: D.N.I. Número: _____
 Pasaporte Número: _____
 N.I.E. (Tarjeta de Residencia) Número: _____

Hora y fecha de la defunción Hora : minutos _____ : _____ Día _____ Mes _____ Año _____

¿En qué lugar ocurrió la defunción?
Domicilio particular Centro hospitalario Residencia socio-sanitaria Lugar de trabajo Otro lugar

Causas de defunción (ver instrucciones al dorso) Intervalo de tiempo aproximado ¹

I. Causa inmediata ²

(a) _____
Horas _____ Días _____ Meses _____ Años _____

Debido a _____

Causas antecedentes ³

(b) _____
Horas _____ Días _____ Meses _____ Años _____

Debido a _____

(c) _____
Horas _____ Días _____ Meses _____ Años _____

Debido a _____

Causa inicial o fundamental ⁴

(d) _____
Horas _____ Días _____ Meses _____ Años _____

II. Otros procesos ⁵

Horas _____ Días _____ Meses _____ Años _____

¿Ha habido indicios de muerte violenta?
Sí No

¿Se practicó autopsia?
Sí No

¿La defunción ha ocurrido como consecuencia directa o indirecta de?: (marcar si procede)

Accidente de tráfico Accidente laboral Fecha del mismo: Día _____ Mes _____ Año _____

En _____, a _____ de _____ de _____ Firma del médico _____

1 2 3 4 5 (ver instrucciones al dorso)

Mod. CMD-BED-1 01

CLASE 3ª - SERIE A

3.00 Euros. Derechos autorizados

Instrucciones básicas de Certificación:

La OMS recomienda que en la cumplimentación de las causas de defunción se comience por la **causa Inmediata** y se termine por la causa **Inicial o fundamental**, es decir, en un orden natural de arriba hacia abajo, respondiendo a las palabras "**debido a**" que facilitan la comprensión del concepto de **secuencia lógica**, tan importante para la selección de la Causa Básica de Defunción

Causa básica de defunción: "Enfermedad o lesión que inició la cadena de acontecimientos patológicos que condujeron directamente a la muerte, o las circunstancias del accidente o violencia que produjo la lesión fatal"

1 Intervalo de tiempo aproximado

Anotar el intervalo aproximado (horas o días o meses o años) entre el comienzo de cada afección y la fecha de la defunción. Estas unidades son mutuamente excluyentes, es decir, tan solo hay que rellenar una por proceso

Nota: Cada unidad de tiempo admite hasta el número 99

Ejemplo:

Para mes y medio, anotar 45 días

	4	5		
Horas	Días	Meses	Años	

Parte I

2 Causa inmediata:

(a) Indicar la enfermedad o estado patológico que produjo la muerte directamente. No se trata de indicar las modalidades de la muerte, sino la enfermedad, el traumatismo o la complicación causante del fallecimiento

Ejemplo: (a) Hemorragia cerebral

debido a

	3			
Horas	Días	Meses	Años	

3 Causas antecedentes:

(b) y (c) Estados morbosos, si existiera alguno, que produjeron la causa arriba indicada

Si el estado patológico señalado en la línea (a) fue consecuencia de uno o más estados morbosos, se anotarán en la línea (b) o en las líneas (b) y (c)

Ejemplo: (b) Hipertensión arterial

debido a

			2	
Horas	Días	Meses	Años	

(c) Pielonefritis crónica

debido a

			2	
Horas	Días	Meses	Años	

4 Causa inicial o fundamental:

(d) Enfermedad o lesión que inició los hechos anteriormente mencionados que condujeron a la muerte. Se anotará una única causa, la que haya sido desencadenante de todo el proceso que ha llevado a la defunción. En caso de accidente o violencia, se hará una breve descripción de las circunstancias

Ejemplo: (d) Adenoma prostático

			5	
Horas	Días	Meses	Años	

Parte II

5 Otros procesos:

Otros estados patológicos significativos que contribuyeron a la muerte, pero no relacionados con la enfermedad o estado patológico que la produjo

Ejemplo: Diabetes

		1	0
Horas	Días	Meses	Años

Otras recomendaciones

1. Utilizar mayúsculas y preferentemente bolígrafo de tinta negra
2. Evitar abreviaturas y/o siglas
3. Certificar enfermedades y síndromes sin ambigüedades
4. Si fuera preciso anotar más de una enfermedad en cada apartado, sepárelas claramente por comas
5. Evitar certificar entidades mal definidas, signos y síntomas

5.2. Certificado de defunción antiguo de la Organización Médico Colegial

CONSEJO GENERAL
DE
COLEGIOS OFICIALES DE MEDICOS
DE ESPAÑA

3,48 Euros
Derechos autorizados,
I.V.A. Incluido

Clase 3.^a
Serie C
Nº 1896951

CERTIFICADO MEDICO DE DEFUNCION

Colegio de Madrid

C.I.F. Q-28660010-H



D. _____

en Medicina y Cirugía, colegiado en _____, con
el número _____ y con el ejercicio profesional en _____

CERTIFICO la defunción de _____

que ocurrió a las _____ horas del día _____ de _____
de _____ en la _____ de _____
núm. _____, cuarto _____, población de _____

Murió a consecuencia de _____
(Causa inmediata del fallecimiento)

_____ (Causa fundamental)
y son manifiestas en el finado las señales de descomposición _____

El finado tenía la edad de _____ años

de estado _____. Era natural de _____

hijo de _____ y de _____, (Ciudad y Provincia)
cuya identidad (1) _____

Observación especial (2) _____

En _____, a _____ de _____


de dos mil _____

- (1) «Se me acreditó con documento de identidad _____» o «se me asegura por don _____
domiciliado en _____, cuya identidad me acredita y firma
este parte», o «Conozco de ciencia propia».
- (2) Si hubiera indicios de muerte violenta se comunicará urgente y especialmente al Encargado del Registro Civil.

NOTAS.- Ningún Parte de Defunción podrá ser expedido por el Médico si no va extendido en este impreso, editado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, debiendo llevar estampado el sello oficial del Colegio Médico Provincial. Los derechos autorizados por la Dirección General de Sanidad son independientes de los Timbres que exigen las disposiciones vigentes.

Corresponde al modelo 8 aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de diciembre de 1958.

5.3. Boletín Estadístico de Defunción



Estadística del Movimiento Natural de la Población

Boletín Estadístico de Defunción

DOCUMENTO PROTEGIDO
INE
POR EL SECRETO ESTADÍSTICO

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA

Datos de la inscripción. A rellenar por el encargado del Registro Civil

Registro Civil nº _____ del municipio de _____ Provincia _____

Inscripción realizada el día _____ de _____ de _____

en el tomo _____ página _____

Códigos (No escribir en estos espacios)

Datos del fallecido. A rellenar por los familiares o personas obligadas por la Ley a declarar la defunción y, en su defecto, por un funcionario del Registro Civil. **(Se ruega escribir con mayúsculas)**

Nombre: _____

Primer apellido: _____

Segundo apellido: _____

D.N.I. _____

Fecha de nacimiento: día _____ mes _____ año _____

Lugar de nacimiento: Municipio o país si es en el extranjero _____

Provincia _____

Sexo¹: Varón Mujer

Estado civil¹: Soltero/a Casado/a Viudo/a Separado/a legalmente o divorciado/a

Profesión, oficio u ocupación principal² _____

Nacionalidad _____

Residencia ³: Municipio o país si es en el extranjero _____

Provincia _____

Domicilio: C/ _____ nº _____ escalera _____ planta _____ puerta _____

Fecha de la defunción: día _____ mes _____ año _____

Causas de la defunción: A rellenar por el médico que certificó la defunción y, en su defecto, por un funcionario del Registro Civil (Especifique cada uno de los apartados siguientes) **(Se ruega escribir con mayúsculas)**

Causa básica de defunción

--	--

I. Causa inmediata (enfermedad o condición que causó finalmente la muerte) _____

debida a

II. Causa antecedente _____

a) Intermedia (enfermedad o condición, si hay alguna, que haya contribuido a la causa inmediata) _____

debida a

b) Inicial o fundamental (enfermedad o lesión que inició los hechos que condujeron a la muerte) _____

III. Otros procesos (embarazo, parto, diabetes, etc., que contribuyeron a la muerte, pero no relacionados ni desencadenantes de la causa inicial o fundamental) _____

Sello del Registro Civil
Firma del declarante
Firma del médico

Colegio de Médicos de la provincia de _____ Colegiado nº _____

1 Indíquese con una X el recuadro que proceda

2 Si era jubilado/a, retirado/a o pensionista, indiquese la profesión ejercida anteriormente.

3 Si era residente en España, se indicará el municipio en que figuraba empadronado/a o, de no conocerse éste, el de la última residencia. Si era residente en el extranjero, se indicará únicamente el país de residencia.

Acción de las Directivas Europeas sobre las actividades de servicios en el ámbito de la sanidad

Emma de Ramón Sánchez

1. Introducción.
2. Los principios de los Tratados y su aplicación.
3. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.
 - 3.1. Objeto y contenido.
 - 3.2. Ámbito de aplicación.
 - 3.3. Incorporación al ordenamiento estatal y autonómico.
 - 3.3.1. Normativa estatal
 - 3.3.2. Normativa de la Comunidad de Madrid
 - 3.4. Evaluación recíproca de los estados.
4. Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.
 - 4.1. Prestación de servicios temporal u ocasional.
 - 4.2. Prestación de servicios con establecimiento permanente.
5. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza.
 - 5.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.
 - 5.2. La regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza.
 - 5.3. Objetivo y contenido de la propuesta.
 - 5.4. Trámite de la propuesta y posición del Estado español
6. Bibliografía

1. Introducción

El proceso normativo liberalizador abordado por la Unión Europea sobre el sector servicios con el objetivo de dinamizar la economía, tiene también su reflejo en el ámbito sanitario. La incorporación de las nuevas directivas europeas al derecho interno español ha supuesto un proceso de revisión de la normativa sectorial tendente a garantizar la libertad de ejercicio y el libre establecimiento de los prestadores de servicios, ya sean profesionales o empresas.

El proceso de revisión y modificación normativa acometido ha supuesto la eliminación de muchas de las trabas administrativas tradicionalmente impuestas, que obstaculizaban la libertad de ejercicio y de establecimiento de los prestadores y que resultaban innecesarias o desproporcionadas al fin perseguido. Estas modificaciones son el fruto de la acción comunitaria impulsada a través de la Directiva 123/2006/CE¹ de Servicios del Mercado Interior, que ha sido recientemente objeto de transposición en todos los estados de la Unión Europea y la Directiva 2005/36/CE² relativa al reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales.

En España la evaluación y modificación normativa se ha efectuado tanto a nivel estatal como autonómico y local, eliminándose en muchos casos la exigencia de autorización previa al ejercicio de una actividad, la necesidad del cumplimiento de determinados requisitos para la prestación o para el establecimiento de un prestador de servicios y se ha incorporando el reconocimiento automático de titulaciones o acreditaciones obtenidas en otro estado para determinadas profesiones reguladas.

En particular, por lo que se refiere a los servicios relacionados con la salud, la Directiva de Servicios excluye de su ámbito de aplicación los servicios propiamente asistenciales, no obstante, afecta a determinados sectores de actividad que han sido regulados por razones de protección a la salud pública y que no suponen la prestación de un servicio estrictamente asistencial. En estas actividades las normas reguladoras sectoriales han sido objeto de revisión y, en ocasiones, modificación para adecuar su contenido a lo previsto en la referida directiva.

En cuanto a los servicios de asistencia sanitaria, excluidos de la Directiva de Servicios, van a ser objeto de regulación mediante una directiva específica

dadas sus especiales características. La Comisión ha elaborado una propuesta de Directiva relativa a los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza³, que establece el marco normativo específico para la prestación de servicios de carácter asistencial en un Estado miembro diferente a aquel en el que se encuentra asegurado el paciente, plasmando el derecho, jurisprudencialmente reconocido, de los pacientes a recibir asistencia en cualquier parte del territorio de la Unión Europea. Con ello se garantiza la libertad de movimiento de los pacientes, como destinatarios de los servicios sanitarios y se delimita la capacidad de los estados para imponer límites a esta asistencia sanitaria en el extranjero.

Analizaré los objetivos que la Comisión persigue con este proyecto y su posible repercusión para el sistema sanitario español. No obstante, dado que la elaboración de esta norma se encuentra en proceso de tramitación y que algunos estados mantienen una postura de disconformidad con el texto —entre ellos España—, se pueden producir modificaciones en el contenido y alcance de la directiva respecto a la propuesta inicial de la Comisión.

La acción comunitaria también se ha plasmado en la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales, con repercusión en el ámbito sanitario. En virtud de esta directiva, cuando un estado supedita el acceso a una profesión regulada —incluida la sanitaria— a la obtención de una cualificación profesional, debe reconocer las titulaciones obtenidas en otro Estado miembro que permitan al titular de las mismas ejercer allí la misma profesión, garantizando el derecho de los profesionales a la libertad de ejercicio en todo el territorio de la Unión Europea.

El nuevo marco normativo impulsado por la Unión Europea con la finalidad de dinamizar el sector de las actividades de prestación de servicios, afecta en gran medida a los servicios sanitarios, los cuales, por su complejidad técnica, por la sensibilidad que despiertan en la opinión pública y por la importante financiación de este sector con fondos públicos, precisan de una regulación específica que garantice, además del cumplimiento de los principios comunitarios de libre circulación y prestación de servicios, la sostenibilidad de los sistemas sanitarios públicos y la prestación de una asistencia sanitaria de calidad, de acuerdo con el nivel elevado de

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

² Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza, COM (2008) 414 final.

protección de la salud que se ha establecido por la Unión Europea.

Otras directivas también inciden en los servicios sanitarios, entre ellas es interesante destacar la Directiva 2000/31/CE por la que se regulan determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (Comercio electrónico) y que en el ámbito sanitario es de aplicación a la salud electrónica.

2. Los principios de los Tratados y su aplicación

El Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea⁴ (TFUE) establece el principio de **libre circulación de servicios** en el mercado interior, conceptuando éste como un espacio libre de fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. (Artículo 26)

El artículo 53 de dicho Tratado establece que, a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, se adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de los diplomas, certificados y otros títulos de formación, así como para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio.

No obstante lo anterior, en el mismo artículo del Tratado, en cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, se establece la premisa de subordinar la progresiva supresión de las restricciones a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros.

Por su parte la **libertad de establecimiento**, comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la construcción y gestión de empresas y de sociedades en las condiciones fijadas por el país de establecimiento para sus propios nacionales (Artículo 49 TFUE).

Se preceptúa en los Tratados la prohibición de establecer restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Esta prohibición abarca también las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los na-

cionales de un estado establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

Existe un mandato específico al Parlamento, al Consejo y a la Comisión de actuación para eliminar los procedimientos y prácticas administrativas, que resulten de la legislación nacional, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento. (Artículo 50.2 TFUE)

Sin embargo, el ejercicio de estas libertades puede entrar en colisión con algunos principios de interés general, como puede ser la protección de la salud, de la seguridad o del medio ambiente. Por ello, los estados pueden imponer requisitos o condiciones de ejercicio a determinadas actividades para la salvaguarda de estos otros principios, a los que se ha otorgado una mayor protección.

En concreto, por lo que a la salud se refiere, el artículo 168⁵ TFUE establece que todas las políticas y acciones de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de la salud humana. El apartado 7 de dicho artículo establece que la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros en cuanto a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica.

De este modo, los estados son competentes para establecer la organización y prestación de los servicios sanitarios y, en tanto que deben garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, pueden imponer a los prestadores de servicios sanitarios los requisitos o condiciones de ejercicio necesarios para garantizar la salud pública u otros principios de interés general.

No obstante, los requisitos impuestos deben resultar estrictamente necesarios para cumplir este objetivo de interés general y ser plenamente proporcionados al fin que pretenden, puesto que los estados también están obligados a respetar los principios de libertad de establecimiento y de prestación de servicios y no pueden imponer injustificadamente obstáculos al ejercicio de las libertades reconocidas.

Estando establecidos los principios de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento en los Tratados —tal como ha quedado expuesto y con las matizaciones anteriormente dichas—, en la práctica se ha constatado que estos derechos no pueden ejercerse con facilidad, debido a la frag-

⁴ Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (Consolidado según Tratado de Lisboa) de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 2008 (BOE 27.11.2009).

⁵ Antiguo artículo 158 del tratado Constitutivo de la Unión Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957.

mentación territorial de las condiciones de acceso impuestas por las diferentes administraciones competentes.

La Comisión comprobó que en la práctica existen numerosas barreras que impiden hablar de un mercado único de servicios⁶, por ello, tras evaluar esta situación y dentro de los objetivos marcados en la cumbre de Lisboa de búsqueda de una economía más competitiva y dinámica, decidió proponer una revisión y modificación horizontal del marco regulador de todas las actividades del sector servicios a través de directivas de alcance general, cuyo cometido es permitir el desarrollo de un verdadero mercado único en el sector de los servicios.

Desglosaré la acción de la Unión Europea en primer lugar, a través de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, después a través de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y, finalmente, a través de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza. Analizaré el contenido de cada una de ellas y su repercusión en el derecho interno español para la prestación de servicios sanitarios o relacionados con la salud.

3. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior

3.1. Objetivo y contenido

La Directiva de Servicios pretende alcanzar un auténtico mercado único de los servicios en la Unión Europea, en el que los prestadores puedan ejercer su actividad libremente en cualquier Estado de la Unión, con o sin establecimiento permanente.

Para lograr este objetivo, la Directiva de Servicios impone a los Estados miembros la adopción de las siguientes medidas:

1. Suprimir las barreras legales y administrativas que restrinjan injustificadamente el acceso y el ejercicio de actividades de servicios

Se eliminarán aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones de interés general. En caso de existir alguna de las razones de interés general expresamente tasadas en la propia Directiva, se podrá exigir algún tipo de régimen administrativo, optándose preferentemente por un régimen de notificación.

Se deben, así mismo, suprimir los requisitos cuyo cumplimiento se exige para la prestación de un servicio que puedan resultar discriminatorios o desproporcionados en relación al fin que persiguen.

En general se simplificarán los procedimientos reduciendo otro tipo de cargas administrativas como inscripción en registros, renovación de autorizaciones, exigencia de traducciones juradas o copias compulsadas... Se establecerán plazos para la resolución de los procedimientos y se garantizará la respuesta explícita.

2. Implantar la ventanilla única electrónica

Cualquier ciudadano de la Unión debe poder obtener información y realizar telemáticamente los trámites necesarios para la puesta en marcha de una actividad de servicios con cualquier administración (Estatal, regional o local). Estas administraciones deberán estar coordinadas entre sí y con los demás estados, a fin de que la posible fragmentación de los procedimientos no obstaculice el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

3. Informar, asesorar y asistir a los usuarios.

Los usuarios recibirán de la administración la información necesaria para que puedan realizar reclamaciones que estimen oportunas ante las autoridades competentes en caso de disconformidad con el prestador del servicio, independientemente del país donde este se ubique.

3.2. Ámbito de aplicación

La Directiva de Servicios tiene vocación de transversalidad, por lo que la mayoría de las actividades de servicios quedan incluidas dentro de su ámbito

⁶ Dictamen INT/105 de 28 de noviembre de 2001 [1] sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — Una estrategia para el mercado interior de servicios».

de aplicación. Solamente se encuentran excluidas las actividades que expresamente se relacionan en el artículo 2.2 de la directiva.

Los **servicios de sanitarios prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de su financiación a escala nacional y se su carácter público o privado**⁷, se encuentran expresamente excluidos de la directiva.

Para establecer esta exclusión la Unión Europea tuvo en cuenta que la actividad asistencial es especialmente sensible, ya que, por una parte es un elemento fundamental del modelo social de cada estado, que contribuye a su cohesión económica, social y territorial, y por otra, está estrechamente relacionada con bienes muy preciados por el ser humano como son la vida y la salud.

Los Tratados de la Unión Europea establecen que la regulación de estos servicios compete a cada estado⁸, tal como hemos visto, rige en esta materia el principio de subsidiariedad, según el cual la Unión Europea actuará sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no sean alcanzados de forma suficiente por los Estados miembros y si pueden serlo a nivel comunitario.

La acción comunitaria no busca, en este ámbito, la creación de un mercado interior de los servicios sanitarios, dado que esto podría implicar una competencia de costes y conducir a una nivelación de la calidad en su punto más bajo. Además si se introducen las reglas del mercado en esta materia, se corre el riesgo de crear un sistema sanitario en el que sólo los pacientes con más recursos económicos y mejor informados resulten beneficiados.

La Directiva de Servicios entiende por servicios sanitarios, *los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por los profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio*⁹.

De acuerdo con la anterior definición, no todos los servicios del ámbito sanitario están excluidos de la aplicación de esta directiva. Determinadas actividades de servicios que se regulan por razones de salud pública, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la directiva, debiendo ser la normativa que las regula objeto de adecuación al contenido de la misma.

Por ejemplo, resulta afectada la normativa sobre formación y acreditación de profesionales, autorización y registro de diversos establecimientos, como laboratorios, empresas funerarias, centros de estética o de tratamientos corporales, como también la normativa que regula los servicios y establecimientos del sector de la alimentación o la distribución y almacenaje de medicamentos veterinarios, por citar algunas.

En cualquier caso, como veremos, el hecho de que la Directiva de Servicios extienda su aplicación a estas actividades, no implica que los estados deban eliminar siempre y en todo caso, los requisitos o autorizaciones establecidos para el ejercicio de las mismas, ya que, si estos condicionantes resultan imprescindibles y proporcionados para la salvaguarda de la salud pública, el medio ambiente o la seguridad, pueden mantenerse, circunstancia que deberá comunicarse y justificarse razonadamente a la Comisión y a los demás estados.

3.3. Incorporación al ordenamiento estatal y autonómico

La transposición de la Directiva de Servicios al derecho interno español ha supuesto un ejercicio de evaluación de la normativa existente en numerosos sectores de actividad, y en ocasiones, su posterior modificación para adaptarla a los criterios y principios de la directiva. Esta evaluación y modificación se ha efectuado tanto por la administración del Estado como por la de cada una de las diecisiete comunidades autónomas.

El proceso de adaptación sectorial de la diversa normativa se ha llevado a cabo en tres fases, la primera de identificación de la normativa potencialmente afectada, la segunda de evaluación de la compatibilidad de esta normativa con la directiva, la tercera de modificación de la normativa sectorial no acorde al contenido de la misma.

En la **fase de identificación**, la normativa se agrupó en 22 áreas de actividad —salud, una de ellas— y se identificó cada uno de los supuestos en los que se establecían requisitos o algún tipo de régimen para el ejercicio de una actividad de servicios. En este proceso se identificaron alrededor de 7000 casos en total, 600 de ellos en el área de salud¹⁰.

⁷ Artículo 2, apartado 2, epígrafe f), de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

⁸ Artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007.

⁹ Considerando 22 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

¹⁰ Memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio del Ministerio de Sanidad y Política Social.

En cuanto al rango de la norma que establecía en cada caso estos requisitos o regímenes de acceso a la actividad, se identificó que se encontraban afectadas por este proceso 450 normas estatales (80 leyes y 370 reales decretos) y 2.200 normas autonómicas (500 leyes y 1700 decretos)¹¹.

La **fase de evaluación** se ha llevado a cabo a través de un sistema electrónico en línea, homogéneo y disponible para todos los estados y para la Comisión, en el que se ha procedido a analizar cada régimen de acceso y cada requisito exigible a una actividad mediante cuestionarios, valorando además la justificación de su existencia y su adecuación a la directiva. Con ello se ha determinado que regímenes o que requisitos debían ser objeto de supresión o modificación. Estos cuestionarios han servido de base para la elaboración de un informe de autoevaluación de cada estado, así como para la evaluación recíproca entre los estados.

En España se ha considerado por las diferentes administraciones implicadas que se encontraban afectados por la directiva 3.093 casos, de los que 242 pertenecían al área de salud. De estos últimos, 35 casos eran competencia del Estado, 28 de la Comunidad de Madrid y los restantes de las demás administraciones autonómicas¹².

Una vez concluida esta fase y determinada la normativa que no se adecuaba al contenido de la directiva, se inició la tercera **fase de modificación normativa**, que se ha efectuado simultáneamente en cada una de las administraciones implicadas y al mismo tiempo que se procedía a la incorporación la directiva al ordenamiento interno.

Analizaré las modificaciones normativas operadas en el ámbito estatal y en cuanto a las autonómicas, únicamente referiré las de la Comunidad de Madrid.

3.3.1. Normativa estatal

En el plano estatal, el proceso de transposición se ha articulado mediante una Ley horizontal o «Ley paraguas», que incorpora los principios generales de la directiva y aporta un marco jurídico de referencia más allá del plazo de transposición. Esta norma es la **Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**¹³, se estructura en los siguientes capítulos específicos:

Libertad de establecimiento

Establece como principio general que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estará sujeto a un régimen de autorización. (Sólo podrán mantenerse este régimen cuando sea necesario, resulte proporcionado y no discriminatorio). En caso de establecerse, la autorización tendrá carácter indefinido y efecto en todo el territorio español.

La Ley introduce alternativas al régimen de autorización como las comunicaciones y las declaraciones responsables, que permiten mantener una mayor proporcionalidad entre el régimen establecido y el objetivo que se persigue con el mismo. De este modo se promueve que el control de la actividad de servicios se realice a posteriori del inicio de la actividad, siempre y cuando la seguridad no se vea comprometida.

Libre prestación de servicios

Sólo podrá supeditarse el acceso a una actividad de servicios al cumplimiento de requisitos cuando estos estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y además resulten proporcionados.

Simplificación administrativa

Se garantiza el derecho de los prestadores a poder realizar por medio de la ventanilla única electrónica todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio. La ley introduce un campo de aplicación ampliado respecto a la Directiva de Servicios en este capítulo relativo a la simplificación administrativa, de este modo, los sectores expresamente excluidos de la directiva como los sanitarios, podrían verse beneficiados de la puesta en práctica de la ventanilla única.

Política de calidad de los servicios

Traza las líneas de actuación de las administraciones públicas para fomentar un alto nivel en la calidad de los servicios y favorecer el acceso a la información

¹¹ Memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio del Ministerio de Sanidad y Política Social.

¹² Memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio del Ministerio de Sanidad y Política Social.

¹³ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 24-11-2009.

de los usuarios. En cuanto al régimen de infracciones y sanciones se remite al previsto en la legislación de protección de consumidores y usuarios, para evitar duplicidades.

Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores

Garantiza una supervisión eficaz de los prestadores de servicios obligando a la administración estatal y a las autonómicas y locales a cooperar mutuamente. Se crea un sistema de alerta para transmitir la información a la Comisión europea y a todos los estados en caso de perjuicio grave.

Comité para la mejora de la regulación de actividades de servicios

Se crea este órgano para el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo para la transposición de la directiva. Se determina expresamente la responsabilidad de la administración pública competente a la que se derivaría la sanción que pudiera imponerse al Reino de España como consecuencia de que una norma del ámbito competencial de dicha administración resultara contraria a la Directiva de Servicios.

Además de lo anterior, una vez incorporado el contenido de la Directiva de Servicios al ordenamiento interno por medio de la Ley Paraguas procedía la modificación de la normativa sectorial existente no compatible con la directiva. Esta modificación se ha efectuado a través de diferentes normas, en función de la materia y del rango normativo de las normas que debían ser modificadas.

Por una parte, se ha aprobado la **Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**¹⁴, conocida como «Ley Omnibus», que introduce las modificaciones pertinentes para la adecuación al contenido de la Ley 17/2009, de los regímenes administrativos y requisitos de todas las actividades que se encontraban reguladas por una norma con rango de ley, y en las que, como resultado del proceso de evaluación, se ha decidido su eliminación o simplificación. No obstante, se instrumentan en un texto independiente las modificaciones que se operan en la Ley

7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del de Comercio Minorista.

La ley Omnibus, persigue un doble objetivo, en primer lugar adaptar la normativa estatal con rango legal a lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y en segundo lugar, con el objetivo de dinamizar en mayor medida el sector servicios, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva de Servicios.

En el ámbito sanitario, mediante la Ley Omnibus se ha modificado la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento, eliminando la clasificación entre medicamentos publicitarios o no publicitarios y Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias eliminando la diferenciación entre los efectos académicos y los profesionales del reconocimiento de títulos de especialista en ciencias de la salud.

Además están siendo objeto de modificación un gran número de reales decretos que recogen procedimientos que se han considerado no acordes a la ley de transposición (Ley Paraguas) y que estaban recogidos en normas con rango reglamentario; citaré únicamente los que afectan al ámbito sanitario:

- El Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modifica los siguientes reales decretos:
 - RD 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de medicamentos de uso humano.
 - RD 1030/2006, de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes al Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
 - RD 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico «in Vitro».
 - RD 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

¹⁴ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE 23-12-2009.

- RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.
 - RD 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos. Este Real Decreto se deroga.
 - RD 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos.
- El proyecto de Real decreto por el que se establece la normativa reguladora de la capacitación para realizar tratamientos con biocidas, modificará los siguientes Reales Decretos:
 - RD 1054/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el proceso de evaluación para el registro, autorización y comercialización de biocidas.
 - El RD 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para el control y la prevención de legionelosis.
 - Finalmente, van a ser modificados el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios y el Real Decreto 1712/1991, de 29 de noviembre, sobre Registro General Sanitario de Alimentos.

3.3.2. Normativa de la Comunidad de Madrid

Por su parte, en la Comunidad de Madrid, se ha aprobado la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña¹⁵, en la cual se reducen o eliminan autorizaciones y requisitos para los prestadores de servicios recogidos en una norma con rango legal y se encuentra en fase de elaboración un decreto que realizará las modificaciones pertinentes en normas con rango reglamentario.

En el ámbito de la salud pública, van a ser objeto de modificación el Decreto 150/2001 de 6 de septiembre, por el que se regula la autorización y registro de los laboratorios de la Comunidad de Madrid que realicen controles analíticos de productos alimenticios y el Decreto 35/2005, de 10 de marzo, por el que se regulan las prácticas de tatuaje,

micropigmentación, perforación cutánea (piercing) u otras similares de adorno corporal. La modificaciones previstas suponen la eliminación, en ambos casos, del requisito de obtención de autorización previa al ejercicio de estas actividades, sustituyéndose por un régimen de comunicación a la administración por parte del prestador.

Además se prevé derogar la normativa autonómica que regula la formación de los manipuladores de alimentos, habida cuenta de la derogación de la normativa básica estatal que regulaba esta materia.

3.4. Evaluación recíproca de los estados

Finalizada la fase de modificación normativa, se ha efectuado por cada uno de los estados un informe de autoevaluación de la transposición y de la normativa reguladora sectorial, para después poner estos informes en relación con los de los demás estados a través de una evaluación recíproca de la normativa reguladora de las actividades en los diferentes países.

La Comisión ha distribuido los Estados miembros en varios grupos o «cluster» de evaluación, cada uno de los cuales ha evaluado conjuntamente la normativa de cada sector de actividad en los diferentes países del grupo. España se encuentra en un cluster junto a Portugal, Italia, Malta y Bulgaria.

De este modo, mediante los informes de autoevaluación y los de evaluación recíproca, se evidencian las posibles diferencias en la transposición de la directiva al derecho interno de cada país. Con ello la Comisión podrá comprobar su verdaderamente se han eliminado las fronteras y las limitaciones administrativas que existían y si se ha creado un verdadero mercado único de los servicios tal como se pretendía.

4. Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales

Esta directiva incide en el reconocimiento de las cualificaciones profesionales buscando una mayor flexibilidad de los mercados laborales. Para ello libe-

¹⁵ BOCAM 29.12.2009.

realiza la prestación de servicios y simplifica los procedimientos administrativos que dificultan el libre ejercicio de actividades profesionales reguladas instaurando un sistema general de reconocimiento de cualificaciones. La directiva unifica en un único acto, quince directivas¹⁶, doce de ellas directivas sectoriales que abarcan las profesiones de médico, enfermero, odontólogo, veterinario, matrona o asistente obstétrico y farmacéutico.

El reconocimiento de cualificaciones profesionales permite al beneficiario acceder en cualquier estado a la profesión para la que está cualificado y ejercerla, por cuenta propia o ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de ese estado, aún cuando en dicho estado se trate de una profesión regulada.

Mediante el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

4.1. Prestación de servicios temporal u ocasional

Esta regulación es de aplicación a la prestación de servicios temporales transfronterizos con preferencia a la Directiva de Servicios del Mercado Interior, ya que en esta última se especifica que en caso de conflicto entre las disposiciones de ambas directivas respecto a una profesión concreta tendrá preferencia lo regulado en la Directiva 2005/36/CE.

La Directiva 2005/36/CE permite a los profesionales establecidos en un Estado miembro prestar servicios de manera temporal y ocasional en otro estado con su título, sin necesidad de tener que solicitar el reconocimiento de su cualificación. No obstante, cuando en el estado de establecimiento no esté regulada la profesión y el profesional se desplace fuera de su país a otro que si la tenga regulada, deberá justificar que cuenta con dos años de experiencia.

El Estado miembro de acogida podrá exigir al prestador una declaración previa a la primera prestación y una renovación anual de la misma, acreditando documentalmente su nacionalidad, el certificado de establecimiento legal, de sus cualificaciones profesionales y de que cuenta con las garantías necesarias para cubrir su responsabilidad profesional.

En el caso de profesiones con implicaciones en la salud, si estas no se beneficiaran del reconocimiento automático, el estado de acogida podrá verificar los conocimientos del interesado mediante una prueba de aptitud.

Si además, para la prestación de ese servicio, el país de acogida exige una inscripción ante un organismo oficial, está se verificará automáticamente, transmitiendo la autoridad receptora de la declaración previa el expediente del interesado a la organización profesional competente.

Las administraciones de los estados garantizarán el intercambio de toda la información necesaria para que puedan tramitarse correctamente las reclamaciones de los destinatarios de servicio contra un prestador, así como facilitarán la información necesaria acerca del establecimiento legal del prestador, su conducta o la existencia o no de sanciones profesionales, todo ello, respetando la legislación existente en materia de protección de datos.

4.2. Prestación de servicios con establecimiento permanente

Se establecen tres regímenes diferentes:

1. Régimen general de reconocimiento de cualificaciones profesionales. (Capítulo I de la directiva)

De aplicación subsidiaria cuando no exista una norma de reconocimiento específica o cuando no se reúnan las condiciones de reconocimiento previstas en los otros regímenes.

Se basa en el principio del reconocimiento mutuo, sin perjuicio de la aplicación de medidas compensatorias cuando existan diferencias sustanciales entre la formación adquirida por el prestador en su país de origen y la exigida en el país de acogida.

2. Régimen de reconocimiento automático de cualificaciones acreditadas por la experiencia profesional (Capítulo II de la directiva).

Previsto para determinadas actividades industriales, artesanales o comerciales, para las que se establece un sistema de reconocimiento mutuo basado en la acreditación de experiencia profesional y en la formación previa adquirida por el interesado, exigiéndose una duración mínima de ambas dependiendo del sector de actividad y de la forma de adquisición de la experiencia.

¹⁶ Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE, 89/48/CEE, 92/51/CEE, 93/16/CEE y 1999/42/CE.

3. Régimen de reconocimiento automático de determinadas cualificaciones profesiones. (Capítulo III de la directiva)

Este reconocimiento automático se basa en una coordinación de las condiciones mínimas de formación establecidas para cada profesión.

En el anexo de la directiva se determinan expresamente los títulos que son objeto de reconocimiento automático. Está previsto para las profesiones de médico, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, odontólogo especialista, veterinario, matrona o asistente obstétrico y farmacéutico, si bien, en cuanto a los farmacéuticos la directiva no regula las condiciones de ejercicio, reservando a la competencia de los estados la distribución geográfica de farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos.

Cuando la profesión del Estado miembro de acogida esté regulada por una organización o colegio profesional, los profesionales de otros estados que quieran ejercerla deberán convertirse en miembros de dicha organización para poder hacer uso del título.

Finalmente, en tanto sea una realidad el Espacio Europeo de Educación Superior previsto para 2010, El Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, mantiene las actuales directrices generales propias de los títulos universitarios vinculados con actividades profesionales reguladas, en lo que se refiere a su denominación, materias y contenido, que serán de aplicación, en tanto no se produzca la aprobación por el Gobierno de las condiciones que las sustituyan.

5. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza

5.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo

Los ciudadanos de la Unión Europea contamos actualmente con un sistema de compensación de gastos médicos en caso de tener problemas de salud

estando en otro Estado miembro o cuando tenemos que acudir a los servicios médicos de otro estado, por no poder obtener en nuestro propio país la asistencia sanitaria precisa en un plazo razonable. Además de esto, el Tribunal de Justicia Europeo ha reconocido el derecho de los pacientes a que se les reembolsen los gastos médicos en caso de acudir a otro estado de la Unión para recibir tratamiento médico por decisión del propio paciente y sin autorización previa de su sistema sanitario nacional.

Así, el Tribunal Europeo ha dictaminado que en aplicación del actual artículo 56 del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea, la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidos los pacientes de un tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir allí dichos servicios (sentencia Watts¹⁷ apartado 86) y que, si bien corresponde a los estados determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social, estos requisitos deben respetar el Derecho comunitario, que prohíbe a los estados que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de la libertad de elección del prestador (Sentencia Smits y Peerbooms¹⁸ apartado 44 a 46 y Sentencia Watts apartado 92).

El actual artículo 56 de TFUE, a juicio del Tribunal, se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de los servicios entre los Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro (Sentencia Smits apartado 61).

Sin embargo el Tribunal también ha dictaminado, que pueden existir razones de interés general que justifiquen la introducción de obstáculos a la libre prestación de servicios, como el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financieros del sistema de seguridad social o la necesidad de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos. (Sentencia Kohll¹⁹ apartados 50 y 51, sentencia Smits, apartados 73 y 74 y Sentencia Müller²⁰ apartado 67).

En estos casos es preciso que la restricción no resulte desproporcionada en relación con el objeto perseguido, es decir, que el objetivo no pueda ser alcanzado por medios menos restrictivos y más respetuosos con la libertad de prestación de servicios, como un régimen de autorización previa que respete los requisitos exigidos por la normativa comuni-

¹⁷ Asunto C372/04 Watts, the Queen / Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health.

¹⁸ Asunto C-157/99 Geraets-Smits / Stichting Ziekenfonds VGZ y Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorverzekeringen.

¹⁹ Asunto C-158/96 Raymond Kohll/Inion del caisses la maladie.

²⁰ Asunto C-385/99 Müller-Fauré / Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekering UA.

taria o el diseño de baremos de reembolso de los tratamientos que no ponga en riesgo el equilibrio financiero del sistema sanitario nacional. (Sentencia Muller, apartados 81 y 85 y Sentencia Stamatelaki²¹, apartado 35).

5.2. La regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza

Siguiendo esta línea jurisprudencial y dado que el Tribunal ha considerado que los cuidados sanitarios son servicios y que los ciudadanos europeos tienen derecho a ser tratados en otro país de la Unión, porque se reconoce la libre prestación de servicios como regla básica del funcionamiento del mercado interior, la regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza a nivel comunitario se ha convertido en un objetivo prioritario de la Unión Europea.

La propuesta de Directiva, presentada por la comisión el 2 de julio de 2008, viene a plasmar este derecho reconocido por la jurisprudencia, permitiendo a los ciudadanos optar libremente por recibir asistencia en el país que estimen oportuno, recibiendo la compensación de los gastos sanitarios por parte de su estado de afiliación. Para ello es preciso que el tratamiento recibido esté cubierto por el sistema nacional de asistencia sanitaria del país de afiliación y con el límite máximo de la cuantía equivalente a la que hubiera recibido en dicho país. No obstante en determinados casos, como la asistencia hospitalaria, los países podrán establecer un sistema de autorización administrativa previa.

5.3. Objetivo y contenido de la propuesta

Para la regulación de esta materia por la Unión Europea se ha partido de tres premisas, la primera el respeto al principio de subsidiariedad, la segunda la necesidad de fijar una serie de valores comunes a todos los estados y la tercera la consagración de la libertad de movimiento de los pacientes, independiente de la de los prestadores de servicios.

El marco general para coordinar los sistemas de seguridad es el Reglamento 1971/1408²², que se aplica cuando los pacientes necesitan asistencia sanitaria urgente cuando se encuentran en otro país de la Unión Europea, o se desplazan para recibirla cuando en su estado no se les puede ofrecer la asistencia precisa o en un plazo razonable, o bien cuentan con una autorización previa de su estado para recibir asistencia en otro Estado miembro. De este modo, la actual regulación mantendría su vigencia aún cuando la directiva se entrara en vigor, puesto que ambos sistemas coexistirían.

La propuesta²³ se basa en el antiguo artículo 95 del Tratado CE, actualmente el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴, sobre el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, si bien se ha pretendido su congruencia con el artículo 168 del Tratado, sobre salud pública, y el respeto a las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica, tal como las interpreta el Tribunal de Justicia.

Los objetivos de esta propuesta de directiva se centran en tres ámbitos:

1. Establecer principios comunes para todos los sistemas sanitarios de la Unión Europea, sin perjuicio de que cada estado sea responsable de la organización de los servicios sanitarios y de la atención médica, garantizando que los estados cumplan los siguientes requerimientos:
 - Ofrezcan unos niveles determinados de calidad y seguridad en la asistencia sanitaria.
 - Faciliten una información clara y precisa a los pacientes.
 - Establezcan mecanismos para reparar y compensar los posibles daños producidos.
 - Protejan la intimidad de los datos personales de los pacientes.
 - Ofrezcan un tratamiento equitativo entre los pacientes nacionales y los de otro Estado miembro.
2. Crear un marco comunitario claro para la atención sanitaria transfronteriza eliminando barreras para la libre circulación de pacientes.

²¹ Asunto C-444/05 Stamatelaki/ NPDD Organismos Afalíseos Eleftheron Epangelmatíon (OAE).E).

²² Reglamento 1971/1408/CEE, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad. (DOL 30.01.1997).

²³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso.

Se codifica el derecho reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo a que los pacientes puedan recibir atención sanitaria en otro Estado miembro y al reembolso de los costes de esta asistencia. Para ejercer este derecho es preciso que el tratamiento esté incluido en las prestaciones sanitarias de su país, el derecho de reembolso será por un máximo equivalente al que habría recibido en su país.

Se limita la exigencia de autorización previa del estado de origen a la asistencia sanitaria hospitalaria. Se permite por tanto a los estados exigir esta autorización amparándose en razones justificadas de planificación y racionalización de su sector hospitalario. En cualquier caso los estados pueden imponer determinadas condiciones similares a las que existen en su territorio nacional.

En cuanto a la justificación y necesidad de la asistencia, se establece el criterio de obligación de reembolso cuando este tratamiento es «adecuado», entendiéndose por tal, aquel en que los beneficios del mismo son mayores que las posibles consecuencias negativas. No obstante, no se altera el derecho de los estados a definir las prestaciones que ofrecen, ya que, si un Estado miembro no incluye un tratamiento concreto como parte del derecho de sus ciudadanos, estos no tienen derecho a exigir que se le reembolsen los gastos del mismo.

Se establecen mecanismos para garantizar la información del paciente a través de los puntos de contacto nacionales, en estos puntos también se informa al paciente de los procedimientos de reclamación.

3. Establecer el marco para la cooperación europea en materia de asistencia sanitaria.

Esta cooperación ofrece un valor añadido a la asistencia sanitaria, por ejemplo en la asistencia sanitaria en zonas fronterizas, o mediante la salud electrónica, la creación de redes europeas o centros de referencia, la evaluación conjunta de las tecnologías sanitarias o el reconocimiento de las prescripciones médicas de otros estados.

Las redes europeas de referencia, son un punto voluntario de encuentro de centros especializados de varios Estados. Pueden contribuir a prestar asistencia sanitaria a pacientes con enfermedades que exijan una experiencia técnica o una concentración de recursos especiales (por ejemplo, enfermedades raras). Además estos centros podrían ser puntos focales de capacitación médica, investigación, difusión de información y evaluación.

La evaluación de la tecnología sanitaria es un proceso multidisciplinar que requiere la confluencia de información sobre cuestiones médicas, sociales, económicas y éticas consiguiendo una mejora asistencial del modo más eficaz y sostenible posible. La cooperación en este aspecto a escala comunitaria puede servir de apoyo a las decisiones políticas, intercambiando información y evitando solapamientos y duplicaciones de esfuerzos.

La salud en línea tiene como objetivo beneficiarse del enorme potencial que las tecnologías de la información y la comunicación tienen para la mejora de la asistencia sanitaria. En este sentido ya se han iniciado proyectos para ofrecer apoyo a distancia entre especialistas, para la lectura a distancia de imágenes de diagnóstico, para el seguimiento de enfermos crónicos o para la coordinación entre diversos prestadores de asistencia sanitaria. Para ello es preciso formatos y estándares compartidos compatibles entre los diferentes sistemas y en diversos países que garanticen su interoperatividad.

5.4. Trámite de la propuesta. Posición del estado español

El texto del proyecto, que se encuentra debatiéndose en el Consejo, ha sido objeto de 122 enmiendas por parte del Parlamento Europeo²⁵, y en su redacción actual cuenta con la reticencia de varios países de la Unión, entre ellos España. El dilatado y complicado proceso de aprobación de esta directiva puede suponer que el texto que finalmente se apruebe contenga importantes variaciones respecto a la propuesta original de la Comisión.

Las razones por las que el Gobierno español no está conforme con la propuesta de directiva se fundamentan en el previsible impacto de la misma sobre el Sistema Nacional de Salud español, que se estima será muy notorio debido a que en nuestro país el acceso a la atención especializada se realiza a través de la primaria y además porque el sistema de reembolso tiene carácter excepcional.

España mantiene que existe un riesgo importante de que el nuevo sistema suponga un ataque al principio de solidaridad, teme que la propuesta pueda afectar a la calidad del servicio sanitario, al introducirse principios de libertad de mercado en el ámbito sanitario.

²⁵ Resultados de la primera lectura del Parlamento Europeo. Estrasburgo 21 al 24 de abril de 2009.

La postura española busca la adecuación entre el derecho de los pacientes a recibir asistencia en cualquier parte del territorio de la Unión y el de los Estados miembros a organizar sus servicios de salud y su prestación farmacéutica.

Por todo ello España mantiene una objeción general al texto, entendiendo que la propuesta no responde a las necesidades de los pacientes, no garantiza niveles comunes de seguridad y calidad y puede invadir competencias de los Estados miembros.

En los debates sobre la directiva España ha defendido que se debe establecer una autorización previa para acceder a las prestaciones y que la directiva debe buscar como objetivos la igualdad, la equidad en el tratamiento y la seguridad jurídica de los pacientes. Aboga por una directiva de servicios sanitarios que regule la definición de una cartera común de servicios, el establecimiento de servicios y unidades de referencia europeos para patologías raras o aquellas que necesiten un nivel alto nivel de especialización y establezca niveles comunes de calidad asistencial²⁶.

Durante la presidencia española de la Unión Europea en el primer semestre de 2010, España se ha marcado como prioridad en materia de sanidad trabajar para lograr un consenso entre los Estados miembros sobre la directiva de atención sanitaria transfronteriza. Además propone una nueva directiva que regule la donación y transplante de órganos, así como impulsar el uso de las tecnologías de la información en el ámbito sanitario (e-health), configurándose todos estos asuntos como estratégicos de la presidencia española en el ámbito sanitario²⁷.

6. Bibliografía

1. Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (Consolidado según Tratado de Lisboa) de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 2008 (BOE 27.11. 2009).
2. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior. (DOUE 27.12. 2006).
3. Memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio del Ministerio de Sanidad y Política Social.
4. Dictamen INT/105 de 28 de noviembre de 2001 [1] sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al

Parlamento Europeo — Una estrategia para el mercado interior de servicios».

5. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, (BOE 24.11. 2009).
6. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE 23.12. 2009).
7. Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE 19.02.2010).
8. Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas liberalizadoras y de apoyo a la empresa madrileña. (BOCAM 29. 12. 2009).
9. Informe del Estado español sobre la transposición de Directiva de Servicios de 16 de abril de 2010.
10. Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. (DOL 30. 09. 2005).
11. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias. (BOE 22. 10. 2003).
12. Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (BOE 30.10. 2007).
13. Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE. (BOE 20.11.2008).
14. Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (DOL 17.07.2000).
15. Reglamento 1971/1408/CEE, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias, que se desplacen dentro de la Comunidad. (DOL 30.01.1997).
16. Reglamento 1972/574/CEE del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71 relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social para las personas que se desplacen dentro de la Comunidad. (DOL 30.01.2007).
17. Reglamento 2004/883/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de la seguridad social. (DOL 30.04.2004).

²⁶ Intervención de la Ministra de Sanidad y Política Social en la reunión de ministros de salud en Suecia de 7 de julio de 2009 sobre la Directiva europea de sanidad transfronteriza.

²⁷ Comparecencia de la Ministra de Sanidad y Política Social ante la Comisión de Sanidad del Parlamento Europeo el 26 de enero de 2010.

18. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza, COM (2008) 414 final.
19. Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2007, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva relativa a los servicios del mercado interior (2006/2275(INI)).
20. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2007, sobre la acción comunitaria relativa a la prestación de los servicios sanitarios transfronterizos. P6 TA (2007) 0073.
21. Conclusiones del Consejo sobre valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE (2006/C 146/01).
22. Comunicación de la Comisión «Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de la salud» SEC (2006) 1195/4.
23. Propuesta de decisión del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013), COM (2005) 115 final.
24. Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 23 de abril de 2009 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (EP-PE_TC1-COD(2008)0142).
25. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso.
26. Intervención de la Ministra de Sanidad y Política Social en la reunión de ministros de salud en Suecia de 7 de julio de 2009 sobre la Directiva europea de sanidad transfronteriza.
27. Comparecencia de la Ministra de Sanidad y Política Social ante la Comisión de Sanidad del Parlamento Europeo el 26 de enero de 2010.

Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo

- Asunto C372/04 Watts, the Queen / Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health.
- Asunto C-157/99 Geraets-Smits / Stichting Ziekenfonds VGZ y Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorverzekeringen.
- Asunto C-158/96 Raymond Kohll/Inion del caisses la maladie.
- Asunto C-385/99 Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekering UA.
- Asunto C-444/05 Stamatelaki/ NPDD Organismos Afaliseos Eleftheron Epangelmation (OAE).

El maltrato infantil en la Comunidad de Madrid

*Ricardo San Antonio
Loriente*

1. Introducción
2. Objetivos
3. Justificación
4. Metodología

ASPECTOS SOCIOSANITARIOS

5. Concepto
6. Tipología
7. Mitos y Falsas creencias
8. Etiología
 - 8.1. Factores de riesgo que favorecen el maltrato
 - 8.2. Factores protectores frente al maltrato
9. Síntomas/Indicadores
10. Atención del maltrato en el ámbito sanitario en la C. de Madrid
 - 10.1. Epidemiología (Incidencia/Prevalencia)
 - 10.2. Detección
 - 10.3. Notificación
 - 10.4. Intervención
 - 10.5. Seguimiento
 - 10.6. Prevención
11. Actuación de los Servicios Sociales en la C. de Madrid
 - 11.1. Los trabajadores sociales
 - 11.2. Los servicios sociales municipales
 - 11.3. La Comisión de Tutela del Menor
 - 11.4. Medidas protectoras
12. Atención del maltrato en el Hospital del Niño Jesús

ASPECTOS JURÍDICOS

13. Marco normativo de la protección jurídica del menor
14. Análisis de la evolución normativa en España
 - 14.1. Legislación Civil
 - 14.2. Legislación Penal
15. Visión Jurisprudencial
16. Cifras de los delitos contra los menores
17. La intervención judicial
18. Papel del Ministerio Fiscal
19. El Defensor del Menor
20. Conclusiones
21. Bibliografía

1. Introducción

Afirmaba Graham Greene, en una de sus famosas obras que «las personas reales están repletas de seres imaginarios», queriendo significar la contradicción y el conflicto existencial que de por sí, convive dentro del cosmos personal de cada uno de nosotros.

Por ello, decir que el ser humano es a la vez una mezcla de guerra y de debilidad, de luz y de guerra, de pequeñez y de grandeza, no es hacer su proceso: es definirlo. Y es que dentro de cada uno de nosotros, habita nuestro «yo» y sus «circunstancias».

La situación se complica, si a este propio conflicto de existencia individual, se añade el conflicto plural en que nos sumerge la sociedad actual de consumo, en la que el éxito, el triunfo, el poder, la posesión material de más y más bienes, obliga al ser humano social a vivir en un constante desasosiego y a invertir gran parte de su tiempo en actividades desubicadas fuera de la propia relación familiar (jornadas excesivamente largas, pluriempleos, desplazamientos, en sentido contrario parados, etc.).

Y en este caldo de cultivo social violento se ha de desarrollar el individuo, que además ha de cargar con su propio conflicto existencial, no es de extrañar que dichos problemas, se proyecten sobre aquellos que nos rodean. En este sentido, las uniones sentimentales, la familia, el hogar como refugio, como unidad mínima de intimidad se ve imbricado en la problemática de la violencia, y es fiel reflejo de la problemática existencial de los miembros que componen dicha unidad.

Y si a todo ello, adicionamos factores como el amor, el alcoholismo, la dependencia económica, las creencias culturales, religiosas y educacionales, el desempleo, la propia vida, etc. nos daremos cuenta que la violencia ejercida en el hogar es un fenómeno «fragmentario», que puede obedecer a numerosas causas, pero que tiene un componente personal plural que dificulta determinar en cada caso concreto, la existencia de dicha violencia.

Al niño se lo concibe incluido en su núcleo familiar, del que derivan de forma natural y espontánea las atenciones afectivas, educativas y materiales que él necesita para su normal desarrollo psíquico y físico. Sin embargo, en ocasiones, ese núcleo se vuelve hostil hacia el niño, teniendo como resultado el abandono, el maltrato de obra o de palabra, los abusos sexuales y hasta la muerte.

Han transcurrido ya más de veintitrés siglos desde que el pensador Aristóteles, pilar de nuestra cultura, dijera que «un hijo o un esclavo son propiedad y nada de lo que se hace con la propiedad es injusto», pero, a pesar de ello, su sentido parece estar tan

metido en nuestros genes que, aún hoy, la realidad cotidiana se encarga de validar consuetudinariamente esta máxima de la *Ética* aristotélica.

Los malos tratos son un problema de todos los tiempos y de todos los países, es decir, puede extenderse a la misma historia de la humanidad aun cuando no sabemos con exactitud la magnitud que tomó el maltrato en las distintas épocas de su desarrollo. Las primeras descripciones sobre maltrato infantil datan desde 1626. En la actualidad numerosas organizaciones tanto gubernamentales como privadas nacionales e internacionales, se ocupan del grave problema social que entraña esta problemática.

Lo cierto es que las variaciones culturales inciden notablemente en la forma efectiva que toma el maltrato lo cual también afecta, lógicamente, a la propia definición legal existente sobre el particular.

Vivimos en un mundo en el que predomina la violencia. Y no debería extrañarnos que su dominio se inicie en la familia, pues es ahí donde empieza a manifestarse. La mayor parte de las agresiones graves a los niños se da precisamente en el hogar y esto da lugar a que dicho problema del maltrato a los niños se encuentre en personas y circunstancias casi o totalmente fuera de control, este tema se relaciona con el malinterpretado derecho de corrección y de una u otra manera todos debemos hacernos responsables para no seguir incubando en la sociedad ese fenómeno tan desastroso y responsable de diversas anomalías en la misma; pues tanto el maltrato infantil como la violencia intrafamiliar son fenómenos sociales que han gozado de aceptación en nuestra cultura.

A pesar de que en los últimos tiempos estas conductas han sido condenadas por constituir algunas de las formas de violencia más comunes y penetrantes en nuestra sociedad, todavía miles de niños sufren maltrato físico, psicológico y sexual en su propio hogar. La familia es y debería considerarse como la institución más compleja y la más importante para nuestra sociedad, más sin embargo lo que sucede dentro de ella puede tener efectos tanto positivos como negativos en cada uno de los individuos que la integran y por tanto un ajuste o desajuste en las relaciones intrafamiliares.

El niño no sabe defenderse ante las agresiones de los adultos, no pide ayuda, esto lo sitúa en una posición vulnerable ante un adulto agresivo y/o negligente. Los niños que sufren maltrato tienen múltiples problemas en su desarrollo evolutivo, déficit emocionales, conductuales y socio-cognitivos que le imposibilitan un desarrollo adecuado de su personalidad. De ahí la importancia de detectar cuanto an-

tes el maltrato y buscar una respuesta adecuada que ayude al niño en su desarrollo evolutivo.

La especie humana destaca, de entre otras especies de seres vivos de orden superior, por la intensa vulnerabilidad de sus criaturas en su temprana edad.

El Derecho no es ajeno a esta evidencia e instrumenta medidas de protección para la infancia, incluso antes del nacimiento, en el orden civil, con la figura del nasciturus.

Son diversas las interpretaciones históricas que se han hecho de la infancia. Hay autores, como Aries (1987), que consideran que el concepto de infancia era desconocido hasta el siglo XVII y que hasta esa fecha los niños eran o simplemente ignorados o se tomaban simplemente como fuente de diversión. Según su punto de vista, el inicio de la conceptualización de la infancia como un período distinto de la vida pudo favorecer la aparición de la preocupación de los padres por su desarrollo.

Al margen de las interpretaciones, es probable que sea cierto que la infancia no haya sido entendida por la mayoría de la población como un período diferente hasta el siglo XVII, y que no haya empezado a ser entendida por algunos limitados sectores sociales y culturales como un período de indulgencia y libertad hasta el siglo XIX. Los cambios producidos en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cambios en la conceptualización de lo que se considera y se define como cuidado adecuado de los niños y, en consecuencia, produce las primeras discusiones acerca de las responsabilidades públicas de atención y protección a la infancia.

Durante la última mitad del siglo XIX, se crean los primeros Juzgados de Menores en algunos países con el objetivo protector de evitar el contacto de los jóvenes delincuentes con los criminales más mayores y experimentados. Esto refleja el inicio de una cierta preocupación de la infancia que trata de calar en la sociedad occidental más avanzada y que, en parte, es consecuencia de los cambios que se estaban produciendo en las actitudes sociales hacia los niños.

El momento clave en el que se cristaliza la preocupación de algunos sectores profesionales y sociales por la atención a la infancia se produce durante la década de 1960, cuando Henry Kempe (1962) publica su famoso trabajo sobre el síndrome del niño apaleado. Hasta entonces, la protección a la infancia se focalizaba casi exclusivamente en la recogida y el internamiento de los niños que por ser huérfanos o abandonados por sus padres no tenían posibilidades de ser cuidados por nadie.

La humanidad ha necesitado, en cualquier caso, 12.000 años de evolución cultural para llegar a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 1989. Recoge este documento el concepto legal del menor, que fue transcrito después, casi literalmente, en el artículo primero de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

El concepto de menor edad surge como contrapunto al de mayor edad, al ser el tiempo de existencia vital de las personas y su medida un elemento sustancial en la valoración de las conductas de ellas y hacia ellas. Menor de edad, en términos jurídicos generales, es quien no puede valerse por sí mismo y a quien en el terreno de los malos tratos, y la atención sanitaria motivada por los mismos, se identifica con la infancia y llega hasta la pubertad y adolescencia.

De hecho el término niño es anterior al de menor en las declaraciones de derechos de las personas. Apareció en 1924 en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Momento que, realmente, es tardío y que vino demorado, pues no ha sido hasta hace dos siglos, con el avance cultural de la Ilustración, cuando pudo la infancia adquirir consideración de su condición humana y de la integridad de derechos de que es portadora, en definitiva.

Históricamente el fenómeno del maltrato se ha presentado en diversas formas y en muchas culturas, durante gran parte de la historia de la humanidad; en ocasiones ese maltrato no llegaba a ser extremo pero sí implicaba ambientes poco propicios para el óptimo desarrollo del menor.

La situación de maltrato en la infancia es una desgraciada realidad y un problema social y de salud de la máxima gravedad no sólo en su faceta física, sino en cuanto alcanza al desarrollo psicológico general y emocional, de los menores. Puede ser abordado este asunto desde varios aspectos, destacando entre ellos el de la atención sanitaria y la visión jurídica del mismo.

El concepto de maltrato conoce una amplia extensión, ya presente en la Convención de Naciones Unidas, antes referida, cuando junto al maltrato físico menciona el mental y el descuido, trato negligente y la explotación. No obstante muchos casos escapan del conocimiento del medio sanitario y a la acción de la justicia. Se calcula que es detectado solamente un diez por ciento del maltrato existente y que abarca a situaciones de maltrato físico propiamente dicho, pero también a situaciones de riesgo e incluso de desamparo. Con frecuencia, el ámbito sanitario diagnostica sólo los malos tratos físicos

graves y/o recidivantes, que aunque es la forma más evidente, es la menos frecuente.

Ha quedado atrás afortunadamente, la consideración de los menores como meros sujetos pasivos, patrimonio de sus padres, alcanzando ya la condición de personas sujetos de derechos, entre los cuales el de protección ocupa un destacado lugar. La obligación de proteger no atañe solamente a los padres, pues en nuestro sistema jurídico alcanza también a los poderes públicos. En efecto el artículo 39 de nuestro Texto Constitucional acoge el sistema llamado mixto por la doctrina, al compartirse las responsabilidades de protección entre los dos estamentos que acabo de mencionar.

La familia tiene a su cargo la guarda, crianza y formación del menor y los poderes públicos han de apoyar y hacer posible el cumplimiento de las responsabilidades familiares, en un doble aspecto: velando por que la familia cumpla de forma adecuada con la guarda del menor, por una parte y orientando la acción pública para los casos en los que aquello no suceda así, por otra parte. Se introduce de esta forma el llamado principio de subsidiariedad progresiva, conforme al cual el alcance e intensidad de la intervención de la Administración viene condicionado por el grado de desprotección que sufra el menor en la familia y es inversamente proporcional al mismo.

Este derecho de protección público alcanza a todos los menores en situación vulnerable, es decir a quienes encontrándose en la mencionada situación se hallan en territorio nacional y cualquiera que sea su origen y condición. La Constitución Española, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Carta Europea de Derechos del Niño lo declaran expresamente. El propio tribunal constitucional, por su parte, consciente de la relevancia de estos instrumentos jurídicos mencionados los ha declarado «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad en el territorio nacional».

El universo sentimental es tan confuso para tercero, que determinar cuándo existe violencia en un hogar puede llegar a ser tan complicado, como querer coger a puñados un espejismo. Por lo tanto, nos encontramos ante un complejo problema que requiere aunar esfuerzos por parte de todas las instituciones (culturales, judiciales, administrativas, policiales, médicas, etc.), para paliar en la medida de lo posible sus efectos.

Es necesario, por ello, difundir criterios acerca de lo que se considera maltrato infantil, para que las personas afectadas puedan identificar en sí mismos este problema y pedir ayuda, contar con recursos

adecuados para prestar esta ayuda, cercanos y accesibles a toda la población, establecer mecanismos de detección precoz que permitan también a los profesionales que están en contacto con la infancia, identificar factores de riesgo de maltrato infantil y notificarlos a los dispositivos sociales para que no llegue a producirse.

Por otra parte, hoy podemos decir que el Sistema de Protección a la Infancia, aunque lógicamente mejorable, está ya configurado. Desde la ley 21/1987 que atribuyó a las Comunidades Autónomas la competencia en la protección de menores, este sistema en la Comunidad de Madrid se ha ido desarrollando paulatinamente, estableciendo entre otras medidas, protocolos de detección que permitieran a los profesionales de las diferentes áreas de atención a la infancia identificar las posibles situaciones de maltrato infantil y notificarlas a los organismos competentes y generando espacios de coordinación entre las instituciones implicadas.

2. Objetivos

Dar a conocer el sistema de protección de menores en la Comunidad de Madrid y las intervenciones, desde el ámbito sanitario, de atención a la infancia.

Mostrar como la sensibilización de los profesionales sanitarios ante el maltrato infantil se ha traducido en un incremento de las notificaciones contribuyendo a que esta lacra deje de ser una patología oculta.

Mejorar en el conocimiento de los aspectos epidemiológicos del problema mostrando la importancia de la atención multidisciplinar y coordinada al niño maltratado por parte de todas las agentes implicados (Hospitales, Centros de Salud, Samur, Colegios, Servicios Sociales, Policía, Fiscalía de Menores, Jueces, Defensor del Menor...).

Conocer los niveles de colaboración interprofesional e interinstitucional ante este tipo de casos, detectando posibles puntos débiles del sistema y proponiendo aspectos de mejora.

Exponer y analizar la evolución legislativa y jurisprudencial respecto a la protección de los menores.

Informar y divulgar a la Comunidad, de la existencia de una Unidad Integral que atiende desde el punto de vista preventivo y de intervención a los niños en riesgo social, desarrollando además, planes de contingencia ante situaciones límite (maltrato físico, negligencia, abuso sexual, maltrato emocional, nuevas adicciones sociales, patologías cibernéticas, tribus urbanas, atención al adolescente conflictivo, drogas, alcohol, etc.)

3. Justificación

El maltrato infantil, como expresión máxima de desamparo y desprotección, es un problema social y de salud de primer orden.

- Cifras que hacen pensar.
- El 8% de los menores sufre maltrato físico.
- El 5% de los menores sufre maltrato psicológico.
- El 2% de los menores sufre ambos.
- El 20% de los menores sufre abuso sexual.
- Un 12,4% de las mujeres españolas está en situación objetiva de violencia familiar.
- El 8% de los padres reconoce que preferiría no haber tenido hijos.
- El 26% se manifiesta incapaz de dar respuesta a los problemas de sus hijos.
- Un 19% manifiestan que son incapaces de controlar a sus hijos.
- La Fiscalía de Menores del Tribunal Superior de Justicia recibe 7.000 denuncias anuales contra menores por actuar violentamente contra sus padres.
- 188.000 niños españoles son víctimas de violencia doméstica.
- 2,5 mill de españoles han sufrido algún tipo de maltrato a lo largo de su vida (16% de la población de mujeres > 18 años).

El presente estudio pretende ser una pequeña aportación en el conocimiento y difusión del sistema de intervención y atención a los menores en situación de riesgo o desamparo, desde el ámbito sociosanitario y del sistema de protección jurídica de la infancia en estas circunstancias.

Se trata de una materia multifactorial y multidisciplinar que precisa de un abordaje conjunto, en estrecha colaboración de los profesionales de la salud y de los servicios sociales, entre otros, con los profesionales del derecho.

Constituye este trabajo, en definitiva, un estudio y análisis sistemático de esta problemática de Salud Pública con una visión jurídica del asunto, destacando los puntos fuertes y las áreas de mejora.

4. Metodología

El presente trabajo tiene un carácter descriptivo y exploratorio. Pretende la evaluación del abordaje del maltrato infantil, en un contexto concreto, la Comunidad de Madrid, con una mención específica al Hospital del Niño Jesús. Para ello se van a utilizar diferentes instrumentos: análisis de las referencias bibliográficas más importantes, entrevistas con pro-

fesionales acudiendo directamente a los dispositivos y a las Instituciones que realizan de forma interdisciplinar el abordaje del maltrato infantil en la Comunidad de Madrid (Hospitales, Defensor del Menor, Fiscalía de Menores, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Asociaciones del Defensa de los Derechos del Niño), y análisis de datos estadísticos actualizados proporcionados por esas mismas Instituciones.

ASPECTOS SOCIOSANITARIOS

5. Concepto

La Convención de los Derechos de los Niños de Naciones Unidas en su Artículo 19, se refiere al maltrato infantil como: «Toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

El concepto de maltrato infantil inicialmente se aplicó al maltrato físico, con predominio de criterios médico-clínicos para ir evolucionando hacia la situación actual en que las definiciones se basan en las necesidades y derechos de los niños.

La legislación española define el desamparo legal en el artículo 172 del Código Civil como: «Situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

El término maltrato infantil según la definición proporcionada en 1999 por la Consultation on Child Abuse Prevention (Consulta sobre la Prevención del Maltrato Infantil) de la OMS se refiere a: «El maltrato infantil o abuso de menores como toda forma de maltrato físico y/o emocional, de abuso sexual, de abandono o tratamiento negligente o de explotación comercial o de otro tipo que resulten en un daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad del menor dentro del contexto de una relación de responsabilidad, confianza o autoridad».

Hoy en día entendemos por maltrato: «toda acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive al niño de sus derechos y su bienestar, que amenacen y/o interfieran su ordenado desarrollo físico, psíquico y/o social, cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad».

6. Tipología

El maltrato no es un hecho aislado, es un proceso que viene determinado por la interacción de múltiples factores: sociales, familiares, personales. Su clasificación sólo implica determinar el problema emergente o más relevante que afecta al niño, pero no debemos olvidar la existencia de una multicausalidad.

El maltrato puede clasificarse desde diversos puntos de vista:

- **Según el momento en que se produce:**

- **Prenatal**, cuando el maltrato se produce antes del nacimiento del niño.
- **Postnatal**, cuando el maltrato se produce durante la vida extrauterina.

- **Según quienes sean sus autores:**

- **Familiar**, cuando los autores del maltrato son familiares del menor, principalmente familiares en primer grado (padres, biológicos o no, abuelos, hermanos, tíos, etc.).
- **Extrafamiliar**, cuando los autores del maltrato no son familiares del menor, o el grado de parentesco es muy lejano y no tienen relaciones familiares.
- **Institucional**, es el maltrato provocado por las instituciones públicas bien sean sanitarias, educativas, etc.
- **Social**, cuando no hay un sujeto concreto responsable del maltrato, pero hay una serie de circunstancias externas en la vida de los progenitores y del menor que imposibilitan una atención o un cuidado adecuado del niño.

- **Según las acciones concretas que constituyen el maltrato infligido:**

- **Maltrato físico:** toda acción de carácter físico voluntariamente realizada que provoque o pueda provocar lesiones físicas en el menor.
- **Negligencia:** dejar o abstenerse de atender a las necesidades del niño y a los deberes de guarda y protección o cuidado inadecuado del niño.
- **Maltrato emocional:** toda acción, normalmente de carácter verbal, o toda actitud ante un menor que provoquen o puedan provocar en él, daños psicológicos.
- **Abuso sexual:** cualquier comportamiento en el que un menor es utilizado por un adulto u otro menor como medio para obtener estimulación o gratificación sexual.

7. Mitos y falsas creencias

- **El maltrato es infrecuente.** Existe la creencia arraigada en la familia como núcleo de afecto donde es difícil creer que exista violencia.
- **La violencia y el amor no coexisten en las familias.** Se piensa que si existe un clima de violencia familiar es mantenido. Sin embargo son muchos los niños que a pesar de los malos tratos recibidos quieren a sus padres, y esta coexistencia de violencia y amor, hace que el niño crezca aprendiendo que la violencia es aceptable.
- **El maltrato lo cometen sólo personas con enfermedades mentales, desórdenes psicológicos o bajo los efectos del alcohol o las drogas.** Subyace la creencia de que las personas «normales» no maltratan a sus hijos. En realidad, no existe un patrón de padre abusivo con unos rasgos estables, uniformes y fácilmente distinguible de los padres que no maltratan. Si parece haber algunas características que se encuentran con mayor frecuencia, como:
 - Baja tolerancia a la frustración y expresiones inapropiadas de ira.
 - Aislamiento social.
 - Falta de habilidades parentales.
 - Sentimientos de incapacidad incompetencia como padres.
 - Expectativas no realistas con los hijos.
 - Percepción de la conducta de los hijos como estresante.
- **Noción de «transmisión» generacional del maltrato.** Fórmula dogmática que mantiene erróneamente, que todos los hijos maltratados serán maltratadores y al revés.
- **El maltrato infantil es fundamentalmente maltrato físico.** Visión restrictiva del problema construida y fomentada a través de los medios de comunicación dando una importancia preferente a los casos con lesiones físicas y abuso sexual. En cambio existe una alta tolerancia al maltrato físico «leve» o el psicológico.
- **El maltrato no existe en clases sociales altas.** El maltrato en la infancia existe en todas las clases sociales. Se diagnostican más casos entre las capas sociales bajas, porque el uso de recursos privados, sociales y sanitarios, impide conocer situaciones de riesgo o establecidas en clases sociales elevadas.
- **Los temas psicosociales no son de verdadera medicina.** Si no se considera importante adquirir conocimientos en el área psicoafectiva no estaremos en actitud de entender y diagnosticar el maltrato en la infancia.

- **Toda intervención debe tener la certeza total del diagnóstico de maltrato.** Impide registrar en las historias clínicas hechos o factores de riesgo, que podrían dar lugar a una actuación preventiva o precoz.
- **Los abusos sexuales son infrecuentes.** En torno a un 23% de niñas y un 15% de niños son víctimas de abusos.
- **Los niños no dicen la verdad cuando cuentan que han sufrido abuso sexual.** Los niños casi nunca mienten cuando dicen haber sufrido abusos.
- **Los abusos sexuales van casi siempre asociados a la violencia física.** El agresor no emplea siempre la violencia. En muchos casos utiliza la persuasión o el engaño.
- **Si los abusos ocurrieran en nuestro entorno, nos enteraríamos.** Muchas veces, las personas que sufren abusos tienden a ocultarlo por vergüenza o miedo.
- **Los agresores son normalmente enfermos psiquiátricos o viejos verdes.** La mayoría de los abusos los cometen sujetos aparentemente normales, aunque no poseen valores sociales o no saben controlar sus impulsos.

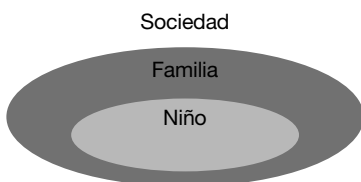
8. Etiología

El maltrato infantil es un problema complejo, en cuya etiología se han identificado diversos factores tanto personales como familiares, sociales y culturales que se encuentran con mayor frecuencia relacionados con los malos tratos a los niños.

La violencia intrafamiliar traduce una disfunción importante del sistema familiar en el cual se produce, así como de los sistemas institucionales y sociales que lo rodea.

La comprensión del maltrato infantil requiere un enfoque multidimensional que tenga en cuenta el contexto en que se desarrolla el niño: el propio niño y sus circunstancias familiares y socioculturales. La génesis del maltrato se explica por la existencia de una acumulación de factores de riesgo y no desde una perspectiva unicasual.

GRÁFICO 1



El maltrato infantil también se asocia con factores socioculturales y socioeconómicos que facilitan la violencia.

8.1. Factores de riesgo que favorecen el maltrato

Algunas particularidades de los niños y sus familias pueden favorecer la aparición de situaciones de maltrato hacia los menores, entre las que podríamos distinguir:

Factores familiares:

Los estilos familiares y las formas de relacionarse entre los miembros de una familia tienen un papel decisivo a la hora de atender adecuadamente o no a sus integrantes.

Pueden resultar desfavorecedores algunos aspectos que hacen referencia tanto a la estructura como al funcionamiento de la familia.

A este respecto debemos contemplar:

- El número elevado de integrantes de una familia puede ser favorecedor de la negligencia en la atención de algunos de los menores.
- Toxicomanías.
- Antecedentes psiquiátricos.
- Aislamiento social.
- Ruptura familiar.
- Embarazos no deseados.
- Familias monoparentales, en las que el esfuerzo económico, educativo y afectivo recae en un solo miembro.
- Familias con padres adolescentes que no siempre son conscientes de las necesidades del menor y pueden estar más ocupados en atender las suyas propias.
- Inexperiencia en el cuidado de los niños.
- El estilo de comunicación que se desarrolla entre los miembros de la familia.
- La carencia de vínculos afectivos entre sus miembros.
- La inexistencia de normas y límites en el seno de la vida familiar.

Factores individuales de los niños:

- Bebés prematuros.
- Niños con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales.
- Niños con conductas hiperactivas.

Factores culturales y ambientales:

- La situación laboral precaria o el desempleo provocan que los ánimos familiares estén más deteriorado.
- Necesidades básicas insatisfechas.
- Infraviviendas, convivencia de varias familias en espacios muy reducidos.

Factores sociales.

- Falta de vigilancia en los casos de maltrato y negligencia.
- Malas condiciones escolares.
- Insuficiente implantación de los Derechos del niño reconocidos por la Naciones Unidas.
- Escasez de apoyo y de educación en las familias más desfavorecidas.
- Falta de formación adecuada de los profesionales.
- Baja adecuación de los medios de respuesta en los ámbitos de la justicia, la salud, la educación y la asistencia al niño.

8.2. Factores protectores frente al maltrato

También existen circunstancias de los niños que pueden resultar protectoras:

1. Niños que tienen buena salud.
2. Que presentan un desarrollo adecuado a su edad.
3. Que mantienen una buena relación con sus iguales.
4. Que tienen un temperamento fácil y una actitud positiva.
5. Que presentan un adecuado nivel de autoestima.
6. Que tienen facilidad para el contacto social.
7. Que presentan un adecuado balance entre autonomía y búsqueda de ayuda.

9. Síntomas/indicadores

Los indicadores son datos de la anamnesis, exploraciones e historia social que señalan la posible situación de riesgo/maltrato.

- Indicadores según los **ámbitos profesionales**.

TABLA 1.
Ámbitos profesionales

Ámbito profesional	Indicadores a tener en cuenta
Tocología-Matrona	<ul style="list-style-type: none"> - Embarazo abocado al inicio a la interrupción voluntaria - Planteamiento de ceder al niño en adopción - Primera visita médica con más de 20 semanas de gestación. - Menos de 5 consultas médicas durante el embarazo - Parejas Jóvenes con características de inmadurez - Pobre autoestima, aislamiento social o depresión - Crisis familiares múltiples - Enfermedad mental de los padres
Neonatología-Matrona	<ul style="list-style-type: none"> - Madre no alegre con el niño - Decepción por el sexo del hijo. - Llantos del niño no controlados por la madre - Madre ignora las demandas de alimentación del niño - Madre siente repulsión hacia las deposiciones del niño - Falta de ilusión para elegir nombre - Expectativa de los padres por encima de las posibilidades del niño.
Consulta Atención Primaria- Enfermería	<ul style="list-style-type: none"> - Incomparecencia a consultas ambulatorias - Insistencia para ingresos hospitalarios - Inadecuación de la dieta no justificable - No-seguimiento calendario vacunar, tratamientos, etc.. - Retrasos inexplicables en el crecimiento o maduración del menor - Repetición de accidentes - Relatos del niño - Actitud temerosa del niño hacia sus padres

Continúa

Continuación **TABLA 1.**
Ámbitos profesionales

Ámbito profesional	Indicadores a tener en cuenta
Hospital	<ul style="list-style-type: none"> - Familias que abandonan al niño sin justificación - Mayor preocupación por las relaciones sociales, la televisión, etc, que por cuidar del niño. - Visitas de los padres de escasa duración. - Falta de comparecencia para hablar con los médicos - No aportar informes de otros ingresos. - Comentarios del niño sobre algunas actuaciones de los padres. - Adaptación fácil o precoz del niño al hospital, expresa deseos de no regresar a casa.
Urgencias	<ul style="list-style-type: none"> - Retraso en acudir al centro sanitario. - Prisa en la atención médica por accidentes de escasa importancia - Lesiones incoherente con las explicaciones dadas - Empeoramiento de enfermedades crónicas sin tratar - Accidentabilidad por negligencia familiar - Peregrinaje por distintos centros sanitarios - Manifestaciones conductuales inexplicables - Conductas de autoestimulación y autoagresivas, dificultades de socialización en presencia de la familia.
Salud Mental	<ul style="list-style-type: none"> - Trastornos de desarrollo, aprendizaje, habla emocional, retraso mental, fracaso escolar - Psicossomáticos y funcionales , cefaleas, enuresis encopresis, trastornos del sueño, bulimia ,anorexia. - Conductuales: masturbación compulsiva, juegos sexuales inapropiados para la edad, aislamiento, retraimiento, agresividad, fugas del hogar, conducta antisocial. - Psiquiátricos, automutilación, autolisis, psicosis - Neuróticos; estructuras obsesivas, fobias, depresión, regresión.
Escuela Indicadores en el niño	<ul style="list-style-type: none"> - Señales físicas repetidas (moratones, quemaduras etc.). - Sucios , malolientes, ropa inadecuada. - Cambio de conducta escolar sin motivo aparente. - Conducta sexual explícita, juegos y conocimientos sexuales inapropiados para la edad, masturbación compulsiva o en público. - Frecuentes dolores inespecíficos sin causa aparente. - Faltas reiteradas sin justificación. - Retraso en el desarrollo físico, emocional e intelectual. - Conductas antisociales, fugas, vandalismo, hurtos. - Regresiones.
Escuela Indicadores en los padres	<ul style="list-style-type: none"> - No parecen preocuparse por el menor. - No acuden a las reuniones. - Desprecian y desvalorizan al niño en público. - No permiten contactos sociales. - Siempre está fuera de casa y no tienen tiempo. - Compensan con bienes materiales la escasa relación personal. - Celosos y protegen excesivamente al niño.

Continúa

Continuación **TABLA 1.**
Ambitos profesionales

Ámbito profesional	Indicadores a tener en cuenta
Servicios Sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Aspecto descuidado en higiene y vestido. - Vivienda precaria/hacinamiento. - Ingresos económicos o escasos o precarios - Consumo habitual de alcohol o drogas - Relaciones conyugales conflictivas - Presencia sintomatología psiquiátrica - Ausencia de apoyos funcionales - Dificultad de acceso a los recursos - Manifestación problemas de relación con el menor - Manifestación problemas de control sobre el menor - Utilización del menor como apoyo habitual al trabajo o las tareas domésticas. - Manifestación dificultades del menor para relacionarse con sus iguales - Obstrucción del acercamiento al menor por parte de los profesionales

• Indicadores según el tipo de maltrato.


Maltrato físico

TABLA 2.
Maltrato físico

Físicos en los niños	Comportamentales en el niño	Conducta del cuidador
<p>Magulladuras o hematomas en rostro labios o boca ; en diferentes fases de cicatrización; en zonas extensas del torso espalda, nalgas o muslos; con formas anormales agrupados o como señal o marca del objeto con el que ha sido ocasionado; en varias áreas diferentes indicando que el niño ha sido golpeado desde distintas direcciones.</p> <p>Quemaduras de puros o cigarrros; quemaduras que cubren toda la superficie de las manos (guante) o de los pies (calcetín) o quemaduras en forma de buñuelo en nalgas, genitales, indicativas de inmersión en un líquido caliente; quemaduras en brazos, piernas, cuello o torso provocadas por haber estado atado fuertemente con cuerdas; quemaduras con objetos que dejan señal claramente definida; parilla, plancha etc.</p> <p>Fracturas: en el cráneo, nariz o mandíbula; fracturas en espiral en los huesos largos (brazos o piernas);en diversas fases de cicatrización; fracturas multiples; cualquier fractura en un niño menor de dos años.</p> <p>Heridas o raspaduras; en la boca los labios, encías y ojos en los genitales externos; en la parte posterior de los brazos, piernas o torso. Lesiones abdominales; hinchazón del Abdomen, dolor localizado, vómitos Constantes.</p> <p>Mordedura humana; huella del adulto separación mayor e 3 cms entre caninos Intoxicaciones; por ingestión de sustancias químicas (medicamentos)</p>	<p>Cauteloso con respecto al contacto físico con adultos. Se muestra cuando otros niños lloran: Muestra conductas extremas agresividad, o rechazo extremos.</p> <p>Parece tener miedo de sus padres, de ir a casa, o llora cuando terminan las clases y tiene que irse de la escuela o guardería.</p> <p>Dice que su padre/madre le han causado alguna lesión. Va exclusivamente vestido y se niega a desnudarse ante otros. Es retraído y no participa en actividades y juegos comunes. Ingresos múltiples, en distintos hospitales.</p> <p>Hermanos con enfermedades raras, inexplicables o «nunca vistas»</p>	<p>Fue objeto de maltrato en su Infancia.</p> <p>Utiliza una disciplina severa inapropiada para la edad, falta cometida y condición del niño.</p> <p>No da ninguna explicación con respecto a la lesión del niño o estas son ilógicas, no convincentes o contradictorias.</p> <p>Parece no preocuparse por el niño.</p> <p>Percibe al niño de manera significativamente negativa, por ejemplo le ve como malo, perverso, un monstruo, etc.</p> <p>Psicótico o psicópata Abuso de alcohol y otras drogas.</p> <p>Intenta ocultar la lesión o proteger la identidad de la persona, responsable de éste.</p>

Continúa

Continuación **TABLA 2.**
Maltrato físico

Físicos en los niños	Comportamentales en el niño	Conducta del cuidador
<p>Munchausen por poderes: síntomas recurrentes, inventados, inexplicables, desaparecen al separar al niño de su familia y reaparecen al contactar de nuevo, discordancia entre la historia y la clínica y analítica</p> <p>Síndrome del niño zarandeado La cabeza del bebe al ser zarandeado va bruscamente hacia adelante y hacia atrás (la cabeza es muy pesada y los músculos del cuello muy débiles) golpeando el cerebro contra las paredes del cráneo lo que, fácilmente, provoca hemorragias, hematoma subdural sin fractura concomitante, hemorragia retiniana que pueden causar lesiones cerebrales, ceguera total o parcial y/o retraso mental.</p>		<p>Madres:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Visitan al niño con gran frecuencia - Manifiestan veneración y sobreprotección hacia su hijo - Con estudios de medicina, enfermera, aux. clínica... - Amables, atentas... - Colaboradoras con los médicos para encontrar el falso diagnóstico. <p>Familia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Conflictos de pareja violentos, tendencia a la droga, y automedicación <p>Padres:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Antecedentes de autolisis.

Resumen:

- Retrasos en la búsqueda de asistencia sanitaria.
- Niños generalmente lactantes o menores de 3 años.
- Historia inaceptable, discordante o contradictoria.
- Hematomas en distintas fases evolutivas. Otras lesiones asociadas.
- Asistencia rotando por distintos centros sanitarios.
- Signos de higiene deficiente, malnutrición, localización de lesiones en zonas no prominentes.
- Déficit psicomotor, trastornos del comportamiento. Retraso Estaturoponderal.

TABLA 3.
Abuso sexual

Físicos.	Traumas físicos.	Dificultad para caminar o sentarse. Irritación en área ano-genital, dolores, picazón. Hemorragias, magulladuras, desgarros, hinchazón.
	Infecciones.	Zona genital. Tracto Urinario. Enfermedades venéreas.
	Presencia de esperma. Embarazo. Dificultades manifiestas en defecación. Enuresis o encopresis.	
Comportamentales	Sexuales	Conductas sexuales Masturbación excesiva. Interacción sexual con iguales. Agresiones sexuales a otros niños más pequeños. Conductas sexuales con adultos. Conductas seductivas repetidas. Promiscuidad
	Conocimientos sexuales	Temas como: penetración digital, erección. Eyacuación, cunnilingus, fellatio o que es lo que se siente durante la penetración.
	Afirmaciones sexuales	Claras e inapropiadas

Continúa

Continuación **TABLA 3.**
Abuso sexual

		<p>Desordenes funcionales</p> <p>Problemas emocionales</p>	<p>Problemas de sueño; pesadillas, miedo a la oscuridad, hablar durmiendo Eneuresis y encopresis Desórdenes del apetito Estreñimiento mantenido y repentino con dolor</p> <p>Depresión Ansiedad Retraimiento Fantasías excesivas Conductas regresivas Falta de control emocional Fobias repetidas y variadas Problemas psicósomáticos Labilidad afectiva</p>
	No sexuales	<p>Problemas conductuales</p> <p>Problemas de Desarrollo cognitivo</p> <p>Problemas afectivos</p>	<p>Agresiones Fugas Conductas delictivas Uso de alcohol y drogas Conductas autodestructivas Intentos de suicidio</p> <p>Retrasos en el habla Problemas de atención y concentración Disminución del rendimiento académico Retraimiento</p> <p>Retrasos en el crecimiento Accidentes frecuentes Psicomotricidad lenta e hiperactividad</p> <p>Culpa Vergüenza</p>

Cuando un niño es víctima de abuso sexual lo puede comunicar con palabras, pero también puede expresarlo con cambios en su conducta o actitud, siendo necesario en ambos casos creer al niño, hacerle ver que el único responsable es el agresor y hacerle sentir seguro y protegido frente al agresor y la repetición de los abusos.

Maltrato emocional

Indicadores físicos en el niño

- **0-2 años:** Talla corta, retraso no orgánico del crecimiento, enfermedades de origen psicósomático, retraso en todas o en algunas áreas Madurativas.
- **2 a 6 años:** Talla corta, enfermedades de origen psicósomático, retraso del lenguaje, disminución capacidad de atención, inmadurez socioemocional.

- **6 a 16 años:** Talla corta, enfermedades de origen psicósomático.

Indicadores comportamentales en el niño

- **0-2 años:** excesiva ansiedad o rechazo en relaciones psicoafectivas; tímidos, pasivos, asustadizos, comportamientos negativistas o agresivos, ausencia de respuestas a estímulos sociales.
- **2 a 6 años:** retraso del lenguaje, disminución de la capacidad de atención, inmadurez socioemocional, agresividad, pasividad en las relaciones sociales, hiperactividad.
- **6 a 16 años:** problemas de aprendizaje y lectoescritura, ausencia autoestima, escasa capacidad y habilidad ante situaciones conflictivas, inmadurez socioemocional, relaciones sociales escasas y/o conflictivas, conductas compulsivas y/o de autolesión, problemas graves control de esfínteres.

Conducta del cuidador

- Culpa o desprecia al niño.
- Es frío o rechazante.
- Niega amor.
- Trata de manera desigual a los hermanos.
- Parece no preocupado por los problemas del niño.
- Exige al niño por encima de sus capacidades físicas, intelectuales, psíquicas.
- Tolerancia absolutamente todos los comportamientos del niño sin ponerle límite alguno.

El síndrome de alienación parental (sap)

Dentro del maltrato emocional podemos distinguir un subtipo que se encuadra dentro de las rupturas matrimoniales y de los litigios de pareja, con una importante incidencia en la actualidad: el Síndrome de Alienación Parental.

Fue propuesto por Gardner (1985) como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus progenitores, una campaña que no tiene justificación. El hijo está esencialmente preocupado por ver a un padre como totalmente bueno y al otro como lo contrario. El «padre malo» es odiado y difamado verbalmente, mientras que el «padre bueno» es amado e idealizado. Es el resultado de una combinación entre los adoctrinamientos de un padre «programador» y las propias contribuciones del niño para vilipendiar al padre «diano». En los casos en que hay evidencia de abuso o negligencia, la animadversión del niño está justificada y, por tanto, la explicación de su hostilidad mediante este síndrome no es aplicable.

Gardner (1992, 1998) describe una serie de «síntomas primarios» que usualmente aparecen juntos en los niños afectados por el SAP.

- Campaña de denigración. El niño está obsesionado con odiar a uno de los padres. Esta denigración a menudo tiene la cualidad de una especie de letanía.
- Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio. El niño plantea argumentos irracionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca de su padre.
- Ausencia de ambivalencia. Todas las relaciones humanas, incluidas las paternofiliales, tienen algún grado de ambivalencia. En este caso, los niños no muestran sentimientos encontrados. Todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro.

- Fenómeno del «pensador independiente». Muchos niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus padres es completamente suya. Niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado.
- Apoyo reflexivo al progenitor «alienante» en el conflicto parental.

Habitualmente los niños aceptan incondicionalmente la validez de las alegaciones del padre aceptado contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquel miente.

- Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor «alienado». Muestran total indiferencia por los sentimientos del padre odiado.
- Presencia de argumentos prestados. La calidad de los argumentos parece ensayada. A menudo usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños.
- Extensión de la animadversión a la familia extensa y red social del progenitor «alienado». El niño rechaza a personas que previamente suponían para él una fuente de gratificaciones psicológicas.

Además de los descritos por Gardner, otros autores han sugerido los siguientes indicadores (Waldron y Joanis, 1996):

- Contradicciones. Suele haber contradicciones entre las propias declaraciones del niño y en su narración de los hechos históricos.
- El niño tiene información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura de sus padres y el proceso legal.
- El niño muestra una dramática sensación de urgencia y fragilidad. Todo parece tener importancia de vida o muerte.
- Marcada ausencia de pensamiento complejo acerca de las relaciones.
- El niño demuestra un sentimiento de restricción en el permiso para amar y ser amado.

Gardner (1992, 1998a) plantea tres tipos de alienación (ligera, moderada y severa):

En el tipo ligero, la alienación es relativamente superficial y los niños básicamente cooperan con las visitas, aunque están intermitentemente críticos y disgustados. No siempre están presentes los ocho síntomas primarios. Durante las visitas su comportamiento es básicamente normal.

En el tipo moderado, la alineación es más importante, los hijos están más negativos e irrespetuosos.

sos y la campaña de denigración puede ser casi continua, especialmente en los momentos de transición, donde los hijos aprecian que la desaprobación del padre es justo lo que la madre desea oír.

Los ocho síntomas suelen estar presentes, aunque de forma menos dominante que en los severos. El padre es descrito como totalmente malo y la madre como totalmente buena. Los hijos defienden que no están influenciados. Durante las visitas tienen una actitud opositora y pueden incluso destruir algunos bienes paternos.

En el tipo severo las visitas pueden ser imposibles. La hostilidad de los hijos es tan intensa que pueden llegar incluso a la violencia física. Gardner describe a estos hijos como fanáticos involucrados en una relación de *folie à deux* con su madre. Los ocho síntomas están presentes con total intensidad. Si se fuerzan las visitas, pueden escaparse, quedarse totalmente paralizados o mostrar un abierto y continuo comportamiento opositora y destructivo.

Negligencia grave y abandono

La negligencia en el cuidado de los niños puede ser tan grave que conduzca por ausencia de estímulos afectivos y de los aportes diarios de agua y alimentos, a deshidratación y malnutrición en grado avanzado o tan crónica que lleve a retraso en el crecimiento del peso y talla, así como de las áreas madurativas, impidiendo o retrasando el aprendizaje. Estos tipos de negligencia-abandono aparecen en hijos de padres adictos a la heroína, alcohólicos, así como en hijos de padres con facultades mentales perturbadas.

Debe sospecharse este tipo de maltrato en: (1) Los niños con retraso de la talla sin enfermedad orgánica aparente que lo justifique (producido por la ausencia de los estímulos afectivos, abandono emocional, hiponutrición crónica); (2) Retraso en las áreas del aprendizaje (lenguaje, capacidad de atención, motilidad etc); (3) Niños con aspecto sucio descuidado o con alteraciones de su comportamiento (hiperactividad, ausencia de autoestima, conducta autolesivas, agresividad).

La detección de este tipo de maltrato es muy importante, no solo para la prevención de enfermedades orgánicas (infecciones de repetición, retraso del crecimiento) y prevención de las alteraciones de las áreas madurativas-afectivas-aprendizaje, sino por el riesgo, que tienen de adultos de reproducción del modelo aprendido, así como a la desadaptación social y a la delincuencia.

Maltrato institucional

«Se entiende por malos tratos institucionales cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional o funcionario de las mismas que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño y/o la infancia (Martínez Roig y Sánchez Marín, Barcelona 1989).

Para evitar el maltrato institucional desde los distintos ámbitos se han de seguir una serie de buenas prácticas que enumero a continuación:

Ambito sanitario

1. El personal médico, de enfermería, auxiliares de clínica o técnicos auxiliares deben conocer y reconocer la realidad del mundo infantil y, de acuerdo con sus posibilidades, garantizar la normalidad del desarrollo y maduración física y mental del niño y la niña a su cuidado.
2. Todo el personal técnico y auxiliar del ámbito sanitario que atiende a los niños y niñas deben desempeñar sus funciones, cada uno a su nivel, de consejeros o educadores de familia, evitando focalizar su atención de modo exclusivo en los aspectos estrictamente médicos.
3. El profesional sanitario debe velar por el respeto a los derechos de los niños en el ejercicio de su actuación, y si bien uno de ellos es una correcta asistencia sanitaria con posibilidades de hospitalización debe respetar el derecho a no ser hospitalizado cuando no sea necesario y a la no prolongación de la hospitalización sin causa justificada.
4. Los profesionales sanitarios informaran a los padres de forma clara y precisa sobre el desarrollo, circunstancias de evolución y cuidados del niño/a, y a éste en función de su edad y capacidad de comprensión. En caso de hospitalización, se informara a los padres de las razones que la motivan, pronóstico, previsión de estancia, condiciones y papel de los padres durante la misma, de modo que éstos no abduquen de su rol parental durante el internamiento.
5. Si la hospitalización es necesaria, se llevará a cabo en una sección infantil y será conjunta: familia-niño/a. Las habitaciones hospitalarias contarán con el espacio suficiente para el descanso y las necesidades higiénicas y de relación.

El niño/a podrá recibir visitas de sus amigos, salvo que razones de tipo sanitario lo desaconsejen.

6. En cualquier caso, el habitáculo hospitalario será adecuado para su empleo con niños y su amueblamiento y materiales serán apropiados a las distintas edades infantiles, velando especialmente por las condiciones de seguridad del mismo.
7. El centro hospitalario, por su parte, solicitará a los padres información sobre los gustos, hábitos y aversiones del niño o la niña con el fin de facilitar su estancia.
8. Se evitará el uso de técnicas exploratorias y terapéuticas innecesarias y/o cruentas, o que sean el resultado de una mala planificación de la atención. En todo caso no se practicarán en presencia de otros niños.
9. El centro hospitalario dispondrá de espacios donde el niño o la niña, cuando su salud lo permita, puedan desarrollar sus necesidades de juego y de aprendizaje escolar.
10. La atención a los adolescentes no ha de suponer una réplica de la dispensada a los adultos. Sus necesidades específicas deben ser atendidas de modo específico.
11. Se potenciará la Asistencia Primaria para evitar la hospitalización, aplicando medidas según el problema sanitario y las características del contexto familiar y social del niño/a y no en función de los recursos existentes o de la política de gestión de los mismos.

Ambito de la administración de justicia

1. En el ámbito de la Administración de Justicia, jueces, fiscales, abogados y personal administrativo han de ser conscientes de que, en el ejercicio de sus funciones pueden causar el maltrato infantil. Su evitación requiere la creación de mecanismos de supervisión que permitan detectar el maltrato y evitar su repetición.
2. Jueces, fiscales, abogados deberán poseer formación específica y dedicación exclusiva para atender asuntos relacionados con la Infancia y contarán con el asesoramiento continuado de profesionales de las ciencias humanas y sociales. Contarán igualmente con profesionales que vehiculen la información de los casos.
3. La Administración de Justicia tendrá en cuenta el carácter evolutivo de la infancia. La dilación en la solución de los casos puede llegar a constituir una forma de abuso, dado que los parámetros de tiempo en estadios de crecimiento son distintos a los de los adultos. El riesgo para la integridad

del niño o la niña puede verse aumentado por la demora en la acción de la justicia.

4. En las sentencias y/o resoluciones judiciales se atenderá al interés superior del niño/a, no al de sus padres, tutores o deudores.
5. Los procedimientos judiciales deberán ser revisados con el fin de detectar posibles situaciones de abuso. Especialmente deben evitarse los abusos verbales, el etiquetaje, los interrogatorios intimidatorios, los ritualismos y formalismos incomprensibles, la utilización del niño en procesos legales de separación y divorcio, el olvido de la presunción de inocencia, la victimización derivada de la repetición de declaraciones, etc. Debe evitarse que la Administración de Justicia se convierta en una nueva agresión para el niño o niña.
6. Los profesionales de la Administración de Justicia han de propiciar la creación, desarrollo y, sobre todo, la correcta aplicación de leyes tales como la de los Derechos de los Niños y Niñas (incluyendo los de los llamados «menores infractores»). Tales leyes deberán ser flexibles, garantistas y permitir situar el interés del menor y su adecuado desarrollo evolutivo por encima de consideraciones legalistas o reglamentistas.
7. La Administración de Justicia, en el caso de «menores infractores», promoverá intervenciones mínimas, lo menos estigmatizadoras posibles, señalando medidas que impliquen a la comunidad y supongan la reparación de daños, en su caso.

Servicios sociales

1. Los Servicios Sociales desarrollarán, ejecutarán y evaluarán, en el ámbito de su competencia, programas de prevención, detección e intervención en maltrato infantil. Los programas individuales de intervención serán consensuados e integrarán las fases de investigación, toma de decisiones, intervención, evaluación y seguimiento y se llevarán a cabo de modo riguroso, sin dilaciones ni demoras injustificadas.
2. Los Servicios Sociales crearán, articularán y «mantendrán» recursos normalizados en función de las necesidades de los niños y sus familias, y no del interés de responsables políticos o técnicos con responsabilidades ejecutivas.
3. Se establecerán condiciones de apertura de centros infantiles (guarderías, centros de acogida, hogares funcionales, etc) explicitando las características físicas de seguridad, funcionales, de dotación de personal y cualificación del mismo, supervisando de forma continuada el cumplimiento de tales requisitos.

4. La cualificación del personal que atiende a los niños y niñas objeto de protección no debe ser considerada suficiente, debe prestarse atención a la capacidad personal: habilidades interpersonales adecuadas, capacidad empática, habilidades de afrontamiento de los problemas, autocontrol y estabilidad emocional.
5. Los Servicios Sociales trabajarán por coordinar sus actuaciones entre ellos y con otros organismos de la Administración pública que intervengan en la Infancia. Dispondrán de profesionales de referencia para el niño/a y su familia que eviten el peregrinaje innecesario por personas y servicios.
6. Los Servicios Sociales elaborarán y suscribirán un código deontológico para profesionales de la infancia, y colaborarán en el diseño de estándares para el control de calidad de la atención que prestan.
7. Apoyarán y reconocerán a las Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil existentes en su medio.
8. Abogarán por la creación de la figura del Defensor de los Derechos de los Niños y Niñas, tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas.
9. Los responsables políticos y técnicos de los Servicios Sociales tomarán las medidas adecuadas para que la creación de recursos se lleve a cabo donde existan las necesidades, de modo que la atención a la infancia no venga condicionada por el lugar de residencia (rural-urbano) y se evite el desarraigo.
10. Los Servicios Sociales atenderán a los niños y familias que lo necesiten con independencia de su procedencia y tiempo de estancia, previsible o no, en el núcleo de población de que se trate. Las actuaciones iniciadas deberán ponerse en conocimiento de los Servicios Sociales de destino. La atención a los hijos de temporeros o transeúntes es responsabilidad de los Servicios Sociales del lugar en que se encuentren.

Formas raras de maltrato infantil

Inevitablemente tendemos a asociar el maltrato infantil con el clásico síndrome del «niño apaleado»: lesiones físicas infligidas directamente con la mano o con un objeto contundente. Pero actualmente, los mismos instrumentos que pone la técnica a nuestro alcance para mejorar la calidad de vida, sirven como vehículo altamente sofisticado para ocasionar *deliberadamente* lesiones a los niños.

Quemaduras por microondas

Los aparatos standard para cocinar tienen una capacidad de penetración entre 2 y 5 centímetros. Las quemaduras que producen son de mayor severidad en la piel y los músculos y menor en el tejido subcutáneo. Se han descrito lesiones graves producidas por colocar a niños pequeños dentro de este tipo de hornos. Alexander describe el caso de una niña de 5 semanas, y un niño de 14 meses de edad con quemaduras severas.

Quemaduras por secadores de pelo

Los secadores de pelo producen corrientes de aire a unas temperaturas entre +10°C y +110°C. Estas quemaduras casi siempre son deliberadas, ya que el niño no puede sujetar el aparato orientado hacia una misma área el tiempo necesario para producir una lesión. Se han descrito quemaduras no accidentales por secadores de pelo, en los que la falta de experiencia en este tipo de lesiones, llevaron inicialmente a sospechar otras causas.

Intoxicación por sal común

La intoxicación por sal común (de mesa), puede ser muy grave cuando la ingesta es > 0.73-3 gr / kg de peso, produciéndose una sobrecarga osmolar con deshidratación hipertónica, convulsiones hemorragia cerebral y daño neurológico. Dockery describe el caso de una niña de 5 años con un cuadro de convulsiones, hipertermia e hipernatremia, demostrándose una masa radiopaca en área gástrica. El diagnóstico final se produjo por la autopsia; la madre fue detenida por haber obligado a la niña a ingerir sal de mesa.

Intoxicación por ipecacuana

La ipecacuana es un fármaco que se utiliza en el tratamiento de las intoxicaciones como inductor del vómito. La intoxicación crónica y provocada como forma de maltrato, produce un cuadro de vómitos y diarrea prolongada, miopatía esquelética y cardíaca, y en ocasiones puede provocar la muerte del niño.

Déficit de vitamina B 12

El déficit severo de vitamina B12 puede ser asintomático en madres vegetarianas estrictas y pro-

vocar en sus hijos cuando son alimentados exclusivamente al pecho, un cuadro de anemia megaloblástica, regresión de los hitos madurativos adquiridos, sintomatología extrapiramidal, movimientos coreoatetósicos y atrofia cerebral. La administración de vitamina B12, oral ó parenteral, hace regresar la anemia y en parte la sintomatología neurológica pero no la atrofia cerebral ni el retraso psicomotor.

Ingestión reiterada de cuerpos extraños

Dentro del Síndrome Munchausen por poderes, se describe el caso de una niña de 10 meses, con múltiples ingresos hospitalarios por ingestión de cuerpos extraños. Hija de una madre de 22 años con antecedentes psiquiátricos y disfunción familiar, ingresó en diversas ocasiones por ingestión de dos pendientes, un botón, un tornillo de cinco centímetros y dos agujas de costura, una de las cuales requirió extracción quirúrgica. En sus 10 meses de vida había sido vista 20 veces en el hospital; a los cuatro meses de vida se diagnosticó una fractura de clavícula de causa injustificada y en la actualidad presentaba movimientos de balanceo continuos, sugerentes de de privación afectiva.

Aspiración de pimienta

Cohle describió 8 casos mortales de broncoaspiración de pimienta, en niños de cinco meses a diez años. En todos ellos el motivo de la administración de pimienta en la boca, era el castigo por mala conducta, y en la mitad de los casos había signos evidentes de maltrato previo, que habían pasado inicialmente inadvertidos.

Lesiones por armas atemorizantes

Las armas atemorizantes son instrumentos de autoprotección, que están disponibles con pocas restricciones de uso y venta en muchos países. Estas armas son objetos pequeños, del tamaño de un aparato de control remoto de televisión con una batería de 9 V. Los impulsos generados se conducen a través de las vías nerviosas superficiales, produciendo contracciones musculares, dolor, astenia y pérdida de equilibrio. Dejan lesiones cutáneas características: máculas circulares de unos 0.5 cm, hipo pigmentadas, pareadas y separadas unos 5 cm.

Síndrome de la oreja en coliflor

El término «oreja en coliflor», usado entre los boxeadores, fue asimilado por Hanigan para describir una triada consistente en hematoma unilateral de oreja, edema cerebral ipsilateral con obliteración de las cisternas basilares en TAC y retinopatía hemorrágica. Describe 3 niños entre 2-3 años de edad, en los que la muerte se produjo en las primeras 72 horas por lesiones traumáticas con dichas características.

Abandono de niños en taquillas guardaequipajes

Las costumbres sociales y culturales influyen en el tipo de maltrato. En España, era frecuente el abandono de recién nacidos en los tornos de los conventos, o en las puertas de las iglesias, así de alguna manera se aseguraba la vida del niño. En la actualidad existen formas más frías de abandono, como una práctica única en Japón, que consiste en abandonar niños vivos ó muertos, en taquillas guardaequipajes («coin-operatedlocker») de estaciones de tren ó aeropuertos. Generalmente se trata de niñas primogénitas, cuyos cuerpos aparecen después de la muerte por asfixia, envueltos en plástico. A partir de 1981 disminuyó el porcentaje de infanticidios por este mecanismo, de 12,9 % en 1980 al 2,9 % en 1990, gracias a medidas específicas.

Ritualismo

Descrito con diversos términos como abuso ritual, abuso satánico y ritualismo, se puede definir como «abuso que ocurre en un contexto ligado a algunos símbolos ó actividades grupales, que tienen connotación religiosa, mágica ó sobrenatural, y donde la invocación a estos símbolos ó actividades se repite y se usa para asustar e intimidar a los niños», ó como «abuso de niños por adultos repetido y sistemático, sexual físico y psicológico, como parte de ritos culturales ó satánicos». Se han descrito casos como el ocurrido en Holanda en 1987 (Oude Pekela) en donde a partir del caso de un niño de 4 años que presentaba sangrado rectal inicialmente de causa incierta, se descubrieron más casos de abuso sexual en el seno de prácticas rituales.

Inyección intravenosa de hidrocarburos

Dentro de las formas raras de presentación del maltrato infantil está descrita la inyección de derivados

del petróleo, nafta, utilizados como solvente industrial y combustible para mecheros. Produce una toxicidad pulmonar importante y lesiones en el sistema nervioso como parálisis cerebral o ceguera cortical.

Tradiciones culturales

Determinadas prácticas culturales utilizadas para tratar dolencias, pueden ser confundidas con lesiones de maltrato infantil, y en ocasiones llegar a constituir un verdadero maltrato:

1. *Cupping*: aplicación de una taza caliente para dolor e inflamación, apetito y fuerza (Méjico y Europa del Este)
2. *Coinning*: frotar la piel con aceite y luego rascar con moneda, para fiebre y cefalea (países orientales)
3. *Spooning*: masaje con agua salada y cuchara (China)
4. *Mollera caída*: sacudidas y succiones como remedio para la fontanela hundida (Méjico)
5. *Moxibustión* : quemar sustancias alrededor del niño (Asia)
6. *Cao Gao*: aplicación de monedas calientes, para fiebre (Camboya)

10. Atención del maltrato en el ámbito sanitario en la C. de Madrid

El ámbito sanitario es un observatorio privilegiado para la detección del maltrato infantil. La población infantil acude a los centros sanitarios de atención primaria, servicios hospitalarios, de urgencias, salud mental, municipales de salud, etc., desde las diferentes áreas de atención (médico, enfermera, matrona, psicólogo, psiquiatra, trabajador social,...).

El ámbito sanitario diagnostica con frecuencia sólo los malos tratos físicos graves y/o recidivantes, que aunque es la forma más evidente, es la menos frecuente, siendo no sólo los indicadores físicos sino también los indicios emocionales o conductuales en los menores y sus cuidadores los que deben orientar el diagnóstico, existiendo indicadores específicos desde las distintas áreas de atención sanitaria, así como signos y síntomas patognomónicos del maltrato infantil.

En los últimos años la atención a los niños maltratados ha experimentado cambios fundamentales que afectan a la atención desde el ámbito sanitario:

- La Ley de Protección Jurídica del Menor (Ley 1/96) obliga a los profesionales a notificar las situaciones de riesgo y de sospecha, a los servicios con competencia en materia de protección de menores.
- En la actualidad son los servicios sociales de cada comunidad autónoma los que tienen la competencia en materia de protección de menores, pudiendo suspender la patria potestad y asumir la tutela.
- Según la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el interés superior del menor debe ser el principio en el que estén basadas todas las decisiones.
- Se debe hacer todo lo posible para mantener en su propia familia a los menores sobre los que ha sido necesario tomar medidas de protección.
- La hoja de registro ha sido elaborada para su cumplimentación por cualquier profesional sanitario (atención primaria, hospitalaria o salud mental). Lo que se pide al profesional (médico, enfermera, matrona, psicólogo, psiquiatra, trabajador social) es que detecte indicios razonables para sospechar y los informe.

El proceso de atención al maltrato infantil desde el ámbito sanitario es un esquema básico de fases interdependientes que no necesariamente siguen siempre una dirección lineal. Por ejemplo la gravedad en algunos casos puede exigir como primer paso tomar medidas para garantizar la seguridad y protección del niño como puede ser la hospitalización o ingreso en un Centro de Acogida de Urgencias.

Fases:

- I Detección – diagnóstico
- II Notificación
- III Tratamiento – intervención
- IV Seguimiento
- V Prevención

10.1. Epidemiología. (Incidencia/prevalencia)

El número de niños maltratados jamás podrá ser conocido. Así de contundente se manifestaba Kempe hace tres décadas, pero sigue reflejando la realidad actual. Solo contamos con aproximaciones a la realidad del problema, que es mayor en los países desarrollados que en los países en vías de desarrollo. Incluso en los países que más se investiga y que cuentan con más trabajos y documentación sobre el tema, se reconoce que los datos conocidos son solo una pequeña parte de la realidad. Unos estudios es-

timan que se detectan entre el 10 y el 20 por ciento de los casos que se producen, y otros que por cada caso detectado existen al menos otros siete que pasan desapercibidos. Pero no hay datos que confirmen estos porcentajes.

La mayoría de los casos detectados y denunciados corresponden a los casos más graves de maltrato físico, pero otras formas de maltrato, de gran prevalencia, como son el abandono y el abuso sexual tienen más dificultades para su detección y registro. Incluso una vez detectados, no existe una sistematización en la denuncia y registro.

En Estados Unidos, según un estudio realizado (mayo 79-abril 80) no se notificaron más que la mitad de los 77.000 casos de maltrato detectados en los hospitales, especialmente los casos de maltrato emocional y en familias de clase social alta.

La prevalencia real del maltrato infantil es desconocida, ya que la mayoría de los casos no son detectados.

La propia naturaleza del problema, el que en gran número se produzcan dentro de la propia familia, el miedo a la denuncia, la formación insuficiente de los profesionales, el hecho de que el agredido sea un niño, condicionan el conocimiento del número de casos.

Uno de los grandes interrogantes que se plantean es la repercusión del maltrato en la infancia. De entrada es muy difícil o casi imposible determinar el número más o menos exacto de niños que han sufrido, están soportando o padecerán malos tratos. Los datos registrados solo recogen aquellos casos que han sido detectados por los Servicios Sociales Comunitarios; sin embargo existen otros que no lo están y que posiblemente no lo estarán nunca.

No obstante, en nuestro país, por los datos encontrados por De Paül, Arruabarrena, Torres y Muñoz, en, 1994, se puede subrayar que la negligencia es la forma de maltrato más frecuente, seguida del maltrato físico y maltrato emocional, siendo el abuso sexual el de menor incidencia. Estos mismos autores consideran que la prevalencia del maltrato infantil, incluidas todas las tipologías, oscilaría entre un 0.2% y un 1.4% de la población de sujetos españoles menores de 18 años. Diferentes expertos asemejan la situación a la de un *Iceberg*, estimando que los casos detectados serían sólo una pequeña parte de los casos reales.

La omisión del médico de la obligación de comunicar los casos confirmados o de sospecha a la autoridad correspondiente también influye en el desconocimiento del volumen del problema.

El maltrato es un problema cercano, que está en nuestra sociedad, y sobre el que es necesario sensi-

GRÁFICO 1

Los icebergs del maltrato (Morales JM, Costa M.)



bilizar y conocer para detectarlo, ya que solo así se podrá actuar sobre él. No detectar el maltrato puede tener consecuencias graves para el niño: Todo niño víctima de maltrato físico que regrese a su hogar sin medidas específicas de actuación, tiene un 50 por ciento de posibilidades de sufrir nuevamente agresión, y el riesgo de muerte es de un 10 por ciento.

10.2. Detección

El diagnóstico – detección de maltrato infantil consiste en reconocer o identificar una posible situación de maltrato infantil.

Es la primera condición para poder intervenir y posibilitar así la ayuda al niño y su familia, ya que, como resulta evidente, sin detectar las situaciones no se podrá actuar sobre las causas que dieron lugar a esta situación y proteger al menor. Debe ser lo más precoz posible para evitar la gravedad de consecuencias para el niño e incrementar las posibilidades de éxito de la intervención, tratar las secuelas, prevenir la repetición, etc.

Los profesionales deben tener conocimientos suficientes sobre signos, síntomas, pruebas complementarias, etc., que se requieren para sospechar y establecer este diagnóstico así como de indicadores que se presentan en este problema.

El diagnóstico de maltrato requiere la realización de exploraciones médicas debiendo ser especialmente cuidadosos ya que:

- Pueden causar reexperiencia del trauma.
- Deben evitar reexploraciones innecesarias.
- Prever la participación de un médico forense en casos de exploración genital y anal en abusos sexuales

Determinadas «señales» pueden alertarnos o ayudar a reconocer una posible situación de maltrato en el niño. La identificación de estos *indicadores* se puede realizar a partir de datos derivados

de la historia clínica y socio-familiar, del examen físico o, en su caso, de pruebas complementarias y, también, de la observación de la conducta del niño, la actitud y/o competencia de sus padres o cuidadores o de la información obtenida por otros profesionales.

La sospecha de malos tratos puede obligarnos a notificar el caso a los servicios correspondientes. Así, ante la aparición repetida de algún indicador o la concurrencia de varios de ellos es necesario ser cauto y sensato, pero también decidido.

10.3. Notificación

Cualquier persona que tenga conocimiento de un menor en situación de riesgo debe comunicarlo a las autoridades pertinentes, en cumplimiento de la normativa vigente:

Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o a sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. Art. 13.1 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

*La notificación del caso es la transmisión de información referente al menor supuestamente maltratado. Lo que se pide al personal sanitario es que **detecte indicios razonables para sospechar** y que **informe de ello**. Ésta es una condición necesaria para posibilitar la intervención en casos de maltrato infantil y una obligación legal y profesional.*

No obstante, debemos ser rigurosos, ya que si se notifican numerosos casos erróneos se saturan los servicios, se pierde eficacia, las instituciones pierden credibilidad y se pueden producir daños irreparables a los menores y sus familias.

La notificación deberá realizarse a:

- Servicios sociales del ámbito sanitario en el que desarrolla su actividad el profesional que realizó el diagnóstico.
- Registro de casos del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.
- Historia clínica del niño donde quedara reflejado.

Los niños con diagnóstico probable o cierto de riesgo o maltrato infantil deberán notificarse al registro de casos mediante el correspondiente impreso que conlleva una hoja/copia que se deberá remitir a los servicios sociales correspondientes al ámbito sanitario del profesional que los detecta, de tal modo que se proceda también al correspondiente trabajo

por parte de las Unidades de Trabajo Social, asegurando de esta forma la adecuada atención e intervención social.

La notificación debe hacerse *siempre a los servicios sociales* y deberá comunicarse a las instituciones con competencias en la protección infantil que se consideren necesarias como al Juez de Guardia (Parte de lesiones), informe al Fiscal de Menores, Policía - Grupo de Menores de la Policía Judicial (GRUME), Comisión de Tutela del Menor (C.T.M.),... o a otras.

En caso de lesiones el médico siempre deberá remitir al juez el correspondiente parte de lesiones, independientemente de las otras notificaciones.

La notificación debe incluir datos que permitan la identificación y puesta en contacto con:

- el menor.
- el informante.

10.4. Tratamiento - intervención

Ante una situación de urgencia porque estimemos que el niño corre un grave riesgo y no podemos esperar:

- **Situación urgente:** En función de lo establecido en el Art. 10 del Decreto 121/88, de 23 de noviembre, modificado por el 71/92 de 12 de noviembre, cuando exista un gravísimo riesgo para el menor se enviará por escrito y por fax a la **Comisión de Tutela del Menor** la solicitud de intervención urgente, así como los motivos en los cuales fundamentamos dicha solicitud.

Como alternativas al procedimiento anterior estaría la realización de una denuncia directamente al Ministerio Fiscal (**Fiscal de Menores** de la Comunidad de Madrid), al **Juzgado de Guardia** o a la Policía (**GRUME**: Grupo de Menores de la Policía Judicial).

- En algunos casos el **ingreso hospitalario** del niño será obligado ante la gravedad de las lesiones que pueda presentar.

En el caso de que no consideremos la situación urgente, aunque sí necesaria la separación del niño de su entorno familiar, el procedimiento a seguir será el siguiente:

- **Procedimiento ordinario:** El Equipo de los SS.S.M. comunicará a la **Comisión de Tutela del**

Menor la situación de desamparo que se pretende denunciar, mediante informe razonado de los motivos que justifican la denuncia.

- **Procedimiento recomendado:** aunque el procedimiento ordinario descrito es perfectamente válido, es preferible intentar vehiculizar la denuncia a través de los **Servicios Sociales Municipales** (Servicios Sociales Generales y Servicios Sociales Especializados: Centros de Atención a la Infancia, en aquellos distritos en los que existan), para ello se pondrá en contacto el Trabajador Social de los Servicios sanitarios con los Centros Básicos de Servicios Sociales con objeto de saber si el caso es ya conocido por éstos y conocer qué intervenciones se han realizado.

Se completará la información disponible con la investigación del entorno sociofamiliar y con los datos aportados por otros profesionales como son el *Pediatra* o el *médico del Equipo de Atención Primaria*, los profesores del menor, etc.

Todas las comunicaciones interinstitucionales deben realizarse por escrito.

Si no es necesario separar al niño de su familia:

- No debemos olvidar que no siempre va a ser necesario separar al niño del grupo familiar y que estos casos el **Pediatra y el Equipo de Atención Primaria** deben ser informados de la situación. Tanto uno como otro están en una situación privilegiada para la detección precoz del maltrato infantil y para el seguimiento del estado físico del niño a lo largo del proceso de tratamiento. Asimismo, igual que en los casos anteriores, deberemos ponernos en contacto con los Servicios Sociales Municipales.

La actuación en casos de maltrato infantil tiene que cumplir unos requisitos mínimos:

- Actuar sobre todo el problema en su conjunto, sobre todas las circunstancias predisponentes, desencadenantes y modificadoras de su presentación, intensidad y desarrollo del maltrato. No puede ser puntual, tratar sólo el síntoma.
- Considerar a la persona como una totalidad, como un conjunto bio-psico-social y su entorno familiar. No debe limitarse al niño, sino al niño, su familia y el medio.
- Desarrollar un trabajo coordinado realizado por un equipo de profesionales con formación específica en los problemas familiares y de la infancia, con conocimientos de recursos y estrategias propias de estas situaciones.

- Atender las lesiones (atención sanitaria, comprobación diagnóstica, validación de las declaraciones) acompañarse tratamiento psicológico y de apoyo emocional. La *Atención clínica* de las lesiones no difiere de lesiones equivalentes por otras causas, por lo que en cuanto al tratamiento exclusivamente médico - quirúrgico no existen diferencias.
- Considerar tratamiento de la *crisis y posterior* a la crisis (lesiones, problemas de salud asociados, posibles secuelas, repetición del maltrato).
- Facilitar intervención social y en su caso del sistema de protección infantil.
- Realizarse un seguimiento posterior del niño y su familia.
- Abocar a la prevención.
- La solicitud de *intervención a los servicios sociales* debe ser para:

- Solicitar información para confirmación diagnóstica.
- Posibilidad de facilitar apoyos y ayudas propias de su área de trabajo.
- Adoptar las medidas de protección infantil necesarias.

10.5. Seguimiento

Debe realizarse un *seguimiento posterior del niño y su familia* no limitándose al tratamiento de la crisis.

Existe la obligación de, al menos, cada seis meses revisar el caso. El seguimiento debe contemplar al niño y su familia en proceso de normalización con los apoyos de los profesionales adecuados al caso. Los pediatras deben proporcionar informes documentados a los Servicios de Protección a la Infancia y facilitar información periódica del estado físico del niño.

10.6. Prevención

La prevención del maltrato infantil:

- Es una parte fundamental de la intervención.
- Tiene que estar presente en todas las fases de la atención.
- Los profesionales sanitarios tienen un papel destacado.
- El Programa desarrolla diferentes actividades de prevención.
- Es un esfuerzo común de toda la sociedad, no solo de profesionales e instituciones implicadas en la protección infantil.

La prevención tiene diferentes niveles:

- Primaria que tiene en cuenta a la población general (campañas informativas, divulgación de principios de desarrollo infantil, por ejemplo).
- Secundaria dirigida a los grupos de riesgo (padres inmaduros, o con ciertas patologías, situaciones familiares estresantes, etc.).
- Terciaria encaminada a tratar a los niños que han sido víctimas del maltrato y a las familias maltratantes.

La *prevención primaria* se basaría en unas medidas generales de tipo informativo para ayudar a comprender lo que es un niño. Por ejemplo:

1. Cursos sobre desarrollo y cuidado del niño para prevenir posibles ideas no realistas acerca de lo que un niño es capaz. Podría desarrollarse en la ESO y ayudaría a los adolescentes, especialmente a aquellos cuyos padres no les han cuidado lo necesario, pero también estos cursos podrían ir enfocados a los adultos que piensan que sus hijos podrían aprender a leer con dos años, por ejemplo.
2. Reducir la incidencia de prematuridad. Promover un cuidado en el embarazo, no importa el nivel social, ya que un niño prematuro o con malformaciones físicas es un niño poco atractivo para los padres lo cual dificulta la relación vincular que se basa en las características físicas del bebé que reclama ser cuidado.
3. Planificación familiar para evitar embarazos no deseados.
4. Guarderías y ayudas domiciliarias para familias numerosas, para que, al menos unas horas al día, las familias sean descargadas de algunas de sus responsabilidades.
5. Crear una mentalidad en contra de los castigos corporales, demasiado admitidos por desgracia, ya que existe una fina línea, que puede ser traspasada con facilidad, entre la disciplina y el maltrato físico.

La *prevención secundaria* se basaría en detectar a las familias de alto riesgo, por estatus social, problemas personales de los padres o patología psiquiátrica.

A este respecto, es muy interesante la experiencia de Kempe y Kempe con padres en Colorado (USA) basada en una entrevista con los padres y en la observación directa de cómo se relacionan con el bebé.

Este estudio se realizó entre 350 madres con bebés.

Se hicieron entrevistas a padres antes del nacimiento para saber sus expectativas y sentimientos acerca del embarazo y del niño, se recogieron datos de la crianza de los propios padres y el apoyo social que tenían.

Se observó a los padres durante el parto y durante las primeras semanas después del alumbramiento. Se anotaron cosas tales como la forma en la que la madre cogía al niño, si mantenía el contacto ocular cara a cara, si los padres estaban distanciados el uno del otro y si la madre hablaba del niño despectivamente o

tenía quejas poco realistas acerca de él. Basados en estos datos los investigadores predijeron el éxito o el fracaso en la crianza del niño. Las conclusiones fueron correctas en el tiempo en el 77% de los casos, los niños de los casos identificados como problemáticos eran propensos a accidentes o a maltrato, al contrario de los identificados como normales.

Los investigadores sugirieron utilizar ampliamente un programa de evaluación en las maternidades y posteriores visitas domiciliarias de enfermeras o voluntarias, entrenadas en enseñar a las madres habilidades maternas.

La *prevención terciaria* se basa en una ayuda a las víctimas y a sus familias.

Los principios del tratamiento son:

- Interrumpir el maltrato *inmediatamente*, denunciar la situación y proteger al niño, separándole del ambiente, si es necesario, ya que corre peligro su integridad física.
- Paliar los efectos negativos del maltrato así como corregir las causas que han llevado a la situación de maltrato para evitar recidivas. Se intentará conseguir una *relación terapéutica con la familia maltratante*, para ello es imprescindible no actuar a espaldas de la familia, respetar el orden jerárquico, no aliarse con los hijos en contra de los padres, no usurpar su papel en la familia, por muy incapaces como padres que nos parezca que han sido. Hay que tener en cuenta que vamos a trabajar con padres desvalorizados y estigmatizados como padres maltratantes, por lo cual, es necesario elevar su nivel de autoestima para que empiecen a aceptar y ejercer su papel en la familia.

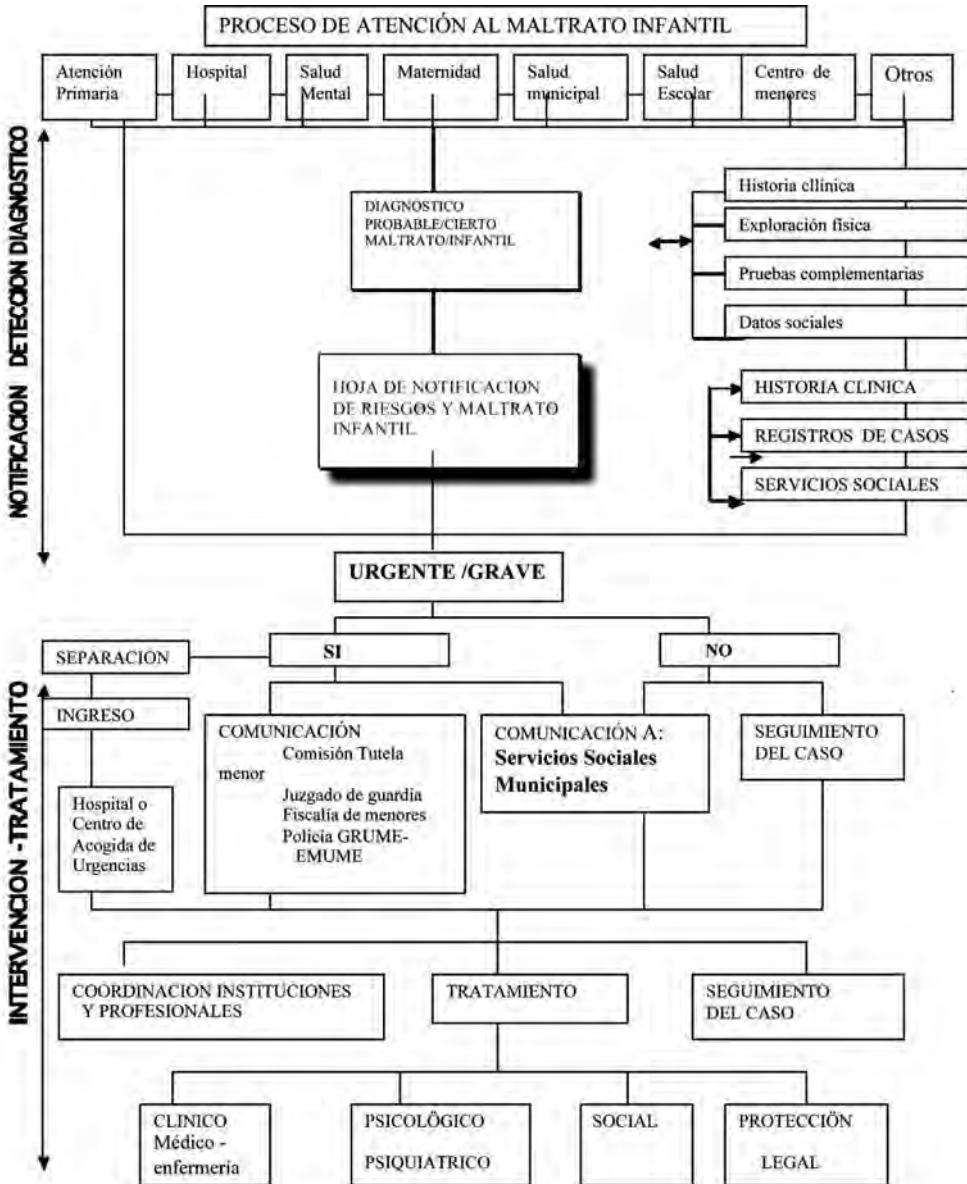
Son imprescindibles *diferentes modalidades de tratamiento con el niño*, dependiendo de su edad y desarrollo, individuales y grupales.

Con estas intervenciones preventivas y terapéuticas se pretende evitar los numerosos trastornos psiquiátricos de niños y adultos que tienen como antecedentes situaciones de maltrato.

A continuación se plasman varios gráficos con toda una serie de datos extraídos del Programa de Atención al Maltrato Infantil de la Comunidad de Madrid, entre los años 1999 y 2008. Podemos destacar lo siguiente:

- En los últimos años se percibe un importante incremento de los casos notificados.

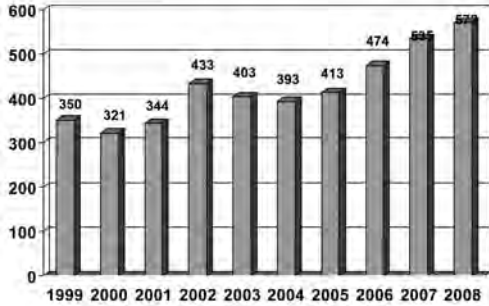
- La mayoría de los casos se comunican como sospecha de maltrato.
- El tipo de maltrato infantil más frecuente es el físico, seguido de la negligencia y el abuso sexual.
- Por grupos de edad y sexo la mayor incidencia se encuentra en niños menores de 2 años, salvo en abuso sexual que varía a niñas entre 3 y 8 años.



(*) Siempre es obligatorio la comunicación a los servicios sociales que son los que tienen las competencias en materia de protección de menores.

GRÁFICO 2

Resumen de datos 1999-2008 programa de atención al maltrato infantil
Nº de notificaciones por año

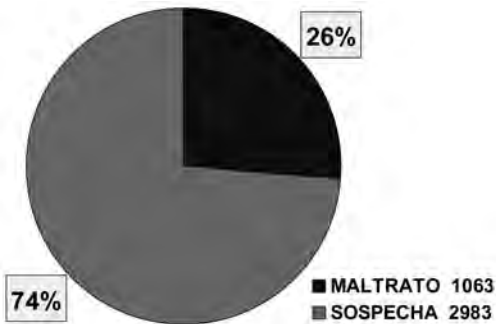


N = 4244

GRÁFICO 3

Notificaciones 99-08

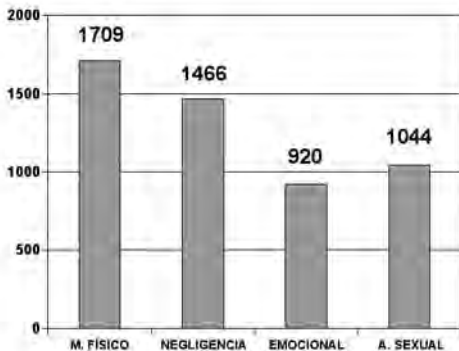
Totales: 4244
Repetidas: 198



N = 4046

GRÁFICO 4

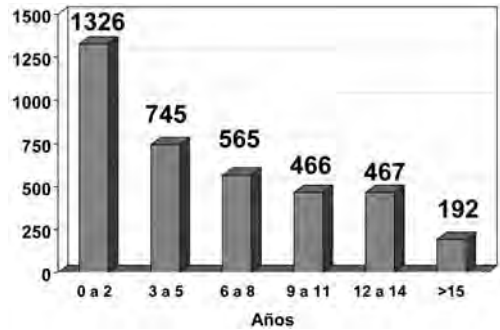
Tipo de maltrato 99-08



N = 4046

GRÁFICO 5

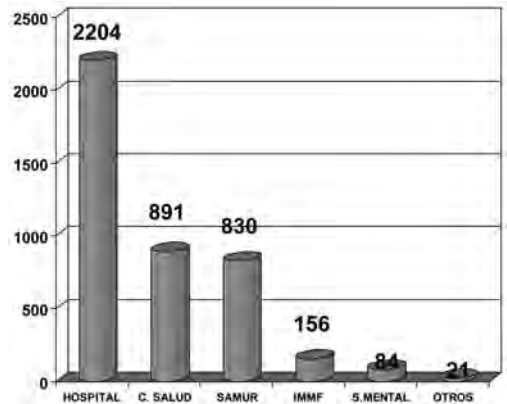
Por grupos de edad



N = 4046 - Nº Consta Edad: 28

GRÁFICO 6

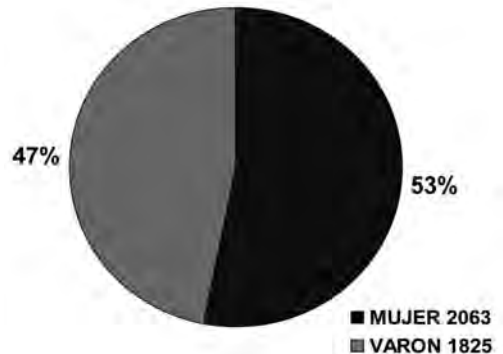
Tipo de centro



HNJ: 754 notificaciones - Nº CONSTA: 58 - N = 4244

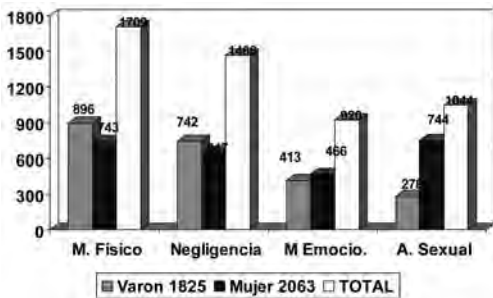
GRÁFICO 7

Notificaciones por sexo



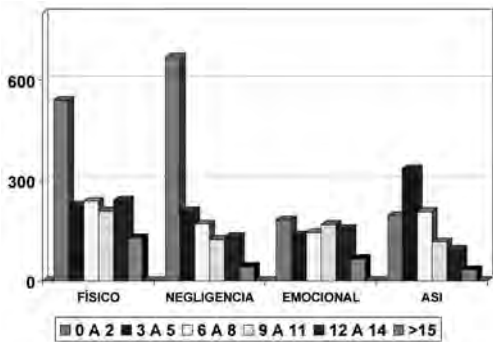
N = 4046 - No Consta: 158

GRÁFICO 8
Tipo de maltrato por sexo



Nº Consta Sexo: 158 - N= 4046

GRÁFICO 9
Tipo de maltrato y edad



Nº Consta Edad: 285 - N= 4046

11. Actuación de los servicios sociales en la C. de Madrid

El Sistema de Protección en la Comunidad de Madrid, además de lo recogido anteriormente, está desarrollado específicamente en diferentes legislaciones. El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en su artículo 26.18, atribuye a la Comunidad «facultad legislativa» en «asistencia social». El texto de la exposición de motivos de la ley 11/1984, hace este concepto equivalente al de servicios sociales, aun reconociendo que se trata de un «concepto pluridimensional, aún no bien perfilado, pero que, en todo caso, queda muy alejado del antiguo concepto de la beneficencia pública».

La actual Ley de Servicios Sociales (se está elaborando una nueva), Ley 11/84, de 6 de junio, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, ley

promulgada hace ya diecisiete años, caracteriza al sistema de servicios sociales como un servicio público consistente en un conjunto de prestaciones, que tienden a la prevención de las causas que pueden conducir a formas de marginación social y, asimismo, a proporcionar las atenciones precisas para superar las causas que pueden producir esa marginación. Los principios generales en los que, según la ley (artículo 3) deben inspirarse los servicios sociales, son los de prevención, globalidad, integración, responsabilidad pública, colaboración de la iniciativa social, planificación y coordinación, descentralización, participación de los ciudadanos, solidaridad e igualdad. Fácilmente puede observarse que entre estos se mezclan principios operativos, filosóficos y políticos, que ponen de manifiesto, sobre todo, la aspiración a superar las anteriores prácticas asistencialistas, sentimiento mayoritario en el momento histórico en que fue elaborada y promulgada la ley.

La política de coordinación institucional y de colaboración entre diferentes administraciones permite disponer de un amplio abanico de recursos, que era el objetivo como medio, de disponer de soluciones diversas para las diferentes necesidades que la protección a los niños nos demanda.

La Ley establece, en virtud de lo dispuesto por la legislación de régimen local, una competencia municipal en el ámbito preventivo y como fase previa de actuación.

11.1. Los trabajadores sociales

El maltrato infantil en el ámbito sanitario, no era algo en lo que los profesionales se sintieran implicados (aunque se pudiera tener conocimiento del mismo). Sin embargo, en el trabajo social esta implicación se produce desde los inicios del trabajo social como disciplina. Como es sabido hasta el año 1962 clínicamente no se describe el Síndrome del Niño Apaleado (Henry Kempe). Los profesionales de la salud no tenían en cuenta que detrás de las lesiones o enfermedades se daban unos factores sociales que había que atender. El Trabajo Social, desde su conceptualización por Mary Richmond (finales Siglo XIX) aporta ideas que van a contribuir a que el trabajador social sea un profesional de características peculiares a la hora de abordar situaciones y contextos en donde se den situaciones de maltrato infantil.

M. Richmond, nos dice que «*El Trabajo Social debe investigar, denunciar, crear opinión pública y favorecer los avances sociales*». Fue también una activista reconocida en la lucha para la prohibición del

trabajo de menores en Estados Unidos a principio del siglo XX. Nos aporonto también al Trabajo Social la idea de que para comprender a los individuos y a las familias debemos hacerlo en su historia y no en el aquí y ahora. Otra aportación importante es que el Trabajo Social es más que el mero trámite de prestaciones y recurso (los trabajadores sociales no somos ficheros humanos). Siguiendo a la misma autora, con relación al trabajo social y salud, ya hablaba de la implicación entre ambas disciplinas: *«La importancia de semejante colaboración debe resultar evidente... un buen diagnóstico depende en gran parte del contexto social, y el tratamiento subsiguiente suele consistir fundamentalmente en lograr una mayor adaptación con el medio»*.

Por tanto, los trabajadores sociales por tradición, por formación, por la facilidad de acceso a las familias, a los domicilios, al entorno social, a otros profesionales, recursos y por la posición que tienen en los propios equipos de salud, así como, por la visión que aporta el trabajo social, deben ser profesionales necesarios e imprescindibles a la hora de abordar situaciones de maltrato infantil en el campo de la salud.

Dificultades con las que nos encontramos:

- Escasa formación especializada en maltrato por parte de los profesionales de salud.
- Sobrecarga de los equipos de Atención Primaria y en ocasiones falta de personal.
- En gran parte de los Equipos no hay un trabajador social o es compartido por varios centros.
- Desde el campo sanitario, en ocasiones resulta difícil asumir la intervención de varios profesionales en el mismo caso.
- El no tener una visión global del problema y quedarse únicamente con lo que se ve en el contexto de la consulta.
- *Es frecuente un modelo de organización médico, mas que interdisciplinario.*
- *La forma de atención está mas centrada en lo biológico que en lo biopsicosocial.*
- *Poca participación de la comunidad en el tema de maltrato.*

El trabajador social en salud aspira a una práctica profesional no limitada a la reparación de los daños sufridos, sino a denunciar las situaciones que lo provocan y a capacitar a los sujetos, grupos e instituciones a hacer frente a los problemas. El modo adecuado de actuación de los trabajadores sociales es el estar insertos en la comunidad, como espacio geográfico, psicosocial y lugar incuestionable de la práctica profesional.

Se define el espacio comunitario como *«ese lugar normal del vivir, de los intercambios, de los amores y desamores, de los vínculos, de agresión, del dolor y la alegría, de la esperanza y la pena, de la vida en suma»*. (J. Leal).

El trabajo comunitario implica una atención global a toda la población, tanto individual como en grupo, desde una vertiente educativa, preventiva y asistencial, fomentando la participación de las personas y grupos sociales en la solución de sus problemas y en la promoción de recursos que permita conseguir mejores niveles

de bienestar. El equipo interdisciplinar es el modo adecuado de organizar los recursos profesionales y la coordinación interinstitucional. Se entiende lo interdisciplinar como una composición dinámica de intercambios creativos, con el objetivo de llegar a un conocimiento compartido que permita operar como una unidad organizada y coherente.

El trabajador social está en coordinación con el resto de profesionales que integran los equipos de salud, de tal manera que hay espacios comunes, donde la intervención con los pacientes y familias ha de compartirse.

11.2. Los servicios sociales municipales

Aunque la Ley de Garantías y Derechos de la Infancia y Adolescencia en la Comunidad de Madrid, en la que se establecen las distintas competencias administrativas en materia de protección de menores, es del año 1995, el Ayuntamiento de Madrid ya había venido organizando, desde el año 1989, un Programa de Atención a Menores y Familias para dar respuesta a las necesidades sociales de los mismos, con actuaciones desde los Servicios Sociales Generales y los Servicios Sociales Especializados de Atención a la Infancia.

Los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid tienen asignadas competencias en materia de atención y protección de menores, para cuyo desarrollo se estructuran en dos niveles de intervención:

- Servicios Sociales Generales (Centros de Servicios Sociales (CSS). En la actualidad existen 26 Centros de Servicios Sociales, al menos uno para cada distrito municipal.
- Servicios Sociales Especializados en la atención a menores (Centros de Atención a la Infancia -CAI-). En la actualidad existen cinco centros que dan cobertura a los 21 distritos municipales.

Ambos niveles se coordinan estrechamente y complementan con el tercer nivel de la red, de ámbito regional, la Comisión de Tutela del Menor dependiente del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

1. Servicios Sociales Generales: Centros de Servicios Sociales (CSS)

- Carácter generalista: para toda la población (menores y otros).
- Información y orientación.
- Detección y valoración social.
- Atención social.
- Coordinación/derivación recursos específicos.

2. Servicios Sociales Especializados: Centros de Atención a la Infancia (CAI)

- Acceso a través de los Servicios Sociales Generales.
- Equipo interdisciplinar: Psicólogos y Asistentes Sociales.
- Diagnóstico y tratamiento psicosocial.
- Orientación/apoyo a Servicios Sociales Generales.
- Coordinación/derivación recursos específicos.

11.3. La comisión de tutela del menor

Los servicios sociales se han desarrollado fundamentalmente en nuestro país a raíz de la Constitución 1978 que si bien no define claramente el concepto de asistencia social o servicios sociales si los enmarcan como un *derecho* dentro de un Estado social.

La Constitución Española de 1978, vino a sentar las bases de lo que podemos definir como «*el derecho de los menores*», cuando en el Artículo 39.4 recoge la declaración de que *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.

En este texto se hace un reconocimiento explícito de lo que entonces era una laguna existente en dicha materia en las normas de derecho interno, al mismo tiempo que se confirmaba la necesidad de cambiar la idea filosófica sobre el término *menor*, y lo que es más importante, establecer las bases que lo orientaran y desarrollaran desde una nueva perspectiva.

La situación descrita desembocó en un nuevo planteamiento legal del tema del menor, conduciendo a una nueva concepción del Estado en rela-

ción con sus miembros; esta concepción es la de un Estado de Bienestar Social, en donde los nuevos planteamientos y actitudes puedan tener su realización.

En los años 80 se inicia un proceso de renovación legal para la adecuación del ordenamiento jurídico al nuevo orden constitucional y a los principios que lo inspiraron. La ratificación por el Estado Español de la Convención de Derechos del Niño supuso la modificación de legislaciones en distintas áreas de la vida de la infancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño señala un amplio ámbito de protección para los menores como sujetos de derechos, derechos que deben ser reconocidos, practicados y defendidos por todos y, especialmente por sus progenitores y por los organismos responsables de su materialización. Este nuevo planteamiento obligó a reorganizar toda la estructura existente y habilitar recursos nuevos por parte de todas las Comunidades Autónomas. De este modo el Gobierno de la Comunidad de Madrid creó un órgano colegiado, la *Comisión de Tutela del Menor*, para que ejerciera las funciones derivadas de la competencia asumida.

La Comisión de Tutela del Menor se creó en 1.988, como órgano colegiado que se sitúa en el vértice del Dispositivo Tutelar, y que instrumentaliza el ejercicio de la acción tutelar, consecuencia de la *desjudicialización del proceso de acción tutelar*, al pasar la competencia a organismos administrativos, y a la *descentralización*, al crearse órganos en cada una de las diferentes Comunidades Autónomas del Estado.

Las competencias que en materia de protección de menores corresponden a la Comunidad de Madrid, son desarrolladas por la Comisión de Tutela del Menor, que tiene atribuidas las siguientes facultades legales:

- Declarar la situación de desamparo de los menores.
- Asumir por ministerio de la Ley, la tutela de los menores desamparados.
- Asumir la guarda temporal de aquellos menores que no puedan ser atendidos por quienes tiene la potestad para ello, previa solicitud y justificación o por acuerdo judicial.
- Prestar el consentimiento y formalizar por escrito los acogimientos familiares voluntarios.
- Promover el acogimiento judicial de menores en caso de oposición o no comparecencia de los padres o tutores.
- Formular las propuestas de adopción de menores, a los juzgados competentes.

- Promover el nombramiento judicial de tutor del menor.
- Tantas cuantas medidas sean necesarias para asegurar la cobertura de las necesidades subjetivas de los menores y su plena asistencia moral y material.

Los **principios de actuación** que ordenan la acción tutelar y que ya se indicaban en la Ley 21/87, en nuestra Comunidad quedaron reflejados en el Decreto 121/88 de 23 de Noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y la guarda del menor, y fueron ampliados posteriormente en la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, de 7 de abril de 1.995.

Actualmente estos principios se han visto reforzados, a nivel estatal por la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor.

Podemos realizar un enunciado de dichos principios como sigue:

1. Se potenciarán los tratamientos preventivos, actuándose sobre las causas que puedan originar la desestructuración familiar y el desamparo de los menores.
2. Se propiciará la integración y normalización de la vida del menor en su medio social.
3. Se procurará limitar temporalmente la intervención administrativa.
4. En caso necesario, se facilitará a los menores recursos alternativos a su familia que garanticen un medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos.

A través de estos principios se reconoce y se da prioridad al derecho de los niños a una protección que garantice su desarrollo integral en su propio entorno sociofamiliar, en primer lugar en compañía de sus progenitores y en su defecto con su familia extensa. Solo como medida extrema cuando lo anterior no sea posible se recurrirá al alejamiento del niño de su medio ambiente de procedencia, de forma temporal o definitiva.

Igualmente se considera de forma implícita el derecho de los niños a que las instituciones ofrezcan apoyo y orientación a sus padres, y a que en caso de separación se reconozca su derecho a retornar con ellos lo antes posible.

La Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece ya en su Exposición de Motivos, la diferencia entre lo que puede

entenderse como situaciones de riesgo o de desamparo. En las situaciones de **riesgo**, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la intervención tiene que limitarse a intentar eliminar dentro de la institución familiar, los indicadores de riesgo.

Sin embargo en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, la intervención institucional se concreta en la asunción por la Entidad Pública de la tutela del menor y de la consiguiente suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Siguiendo las pautas anteriores, podemos ver que la separación del menor de su entorno se perfila como una de las cuestiones que determinan el tipo de intervención institucional, la responsabilidad de la administración en la aplicación de medidas jurídicas y sociales y, en definitiva la clave que permite diferenciar situaciones de riesgo de situaciones de desamparo.

El concepto de **desamparo** vamos a utilizarlo como término que engloba las distintas situaciones de maltrato, trato negligente o abandono, que provoca la falta de atención grave de las necesidades del niño, o la lesión de sus derechos esenciales, por quienes tienen obligación de procurársela en el primero de los supuestos, y de respetarlos en el segundo.

En el ámbito del Dispositivo Tutelar cabe contemplar dos tipos fundamentales de intervención: la **intervención preventiva** con la que se pretende anticipar soluciones a probables situaciones de desamparo, y la **acción tutelar** que se ejerce por la Comisión de Tutela cuando se han producido esas situaciones de desamparo infantil.

Una eficaz política de protección no debe ser solamente defensiva, actuando cuando ha existido desprotección, sino que tiene que ser a la vez ofensiva, adelantándose a la aparición de hechos que comportan costes personales elevados y exigen medidas más traumáticas.

Por ello, el sistema de protección de menores no puede limitarse a actuar ante la evidencia de una situación de desamparo, sino que debe conceder mayor importancia a las acciones preventivas proyectadas hacia el medio social en el que se desenvuelve la vida de los niños.

Estas acciones preventivas se concretan fundamentalmente en la sensibilidad general hacia sus problemas y necesidades de desarrollo y en la actuación temprana de los dispositivos de atención, para evitar la aparición de riesgos y para que éstos no se consoliden en desprotección.

11.4. Medidas protectoras

Como ya hemos mencionado en el apartado anterior, la Ley 21/87, desjudicializa y descentraliza el sistema de protección de menores. Las comunidades autónomas asumen las funciones decisorias y ejecutivas incluyendo la supresión de la patria potestad, antes en manos de los juzgados de menores, con posibilidad de impugnación en vía administrativa y en vía judicial (ante los juzgados de 1ª instancia o familia, no en los contencioso-administrativos). Los juzgados de menores sólo conservan competencias para adoptar medidas sancionadoras frente a menores (entre 14 y 18) que cometan delitos. Adquieren gran importancia en Ministerio Fiscal y el Defensor del Menor.

Las situaciones de riesgo y desprotección, en la medida de lo posible, se han de derivar a los Servicios Sociales Municipales, para intentar la reinserción en el núcleo familiar. Siempre se ha de intentar que el menor no se aparte del ámbito familiar.

No obstante, en muchos casos, tiene que intervenir la Comisión de Tutela. Cuando no existe un grave riesgo, se **sigue el procedimiento ordinario**, se cita a los progenitores y al menor si tiene más de 12 años, se recaba toda la información complementaria que se precise y se realiza un expediente propuesta que se eleva al pleno de Comisión que decide colegiadamente las medidas de protección a adoptar. Cuando existe un grave riesgo o una situación de desamparo se adoptan **medidas urgentes** para proteger al menor, para posteriormente tramitar el expediente con el informe propuesta y se ratifiquen las medidas o se modifiquen. La ejecución no es ágil, hay que notificar a los progenitores y si no hay voluntariedad hay que realizar dos notificaciones y acudir a la autorización judicial y, en su caso, al apoyo policial.

Las medidas de protección que puede tomar la Comisión pueden resumirse en las siguientes:

- **Tutela:** previa declaración de situación de desamparo. Limita, suprime o suspende la patria potestad de los progenitores (artículo 154 del C. Civil). Los menores pasan a estar tutelados por la Administración.
- **Guarda:** no suspende la patria potestad. Es temporal, suele ser voluntaria con consentimiento de los progenitores por no poder atender al menor, los padres se comprometen a normalizar la situación.

En ambos casos, si los que los padres no están de acuerdo con la medida se tiene que proceder a la intervención judicial.

- **Acogimiento familiar:** ejercicio de la guarda o tutela por parte de otros miembros de la propia familia o por otras familias.

- **Adopción:** medida definitiva que suprime la relación de parentesco con la familia biológica.
- **Acogimiento residencial:** si no es posible la familia de acogida el menor será internado en un Centro de Protección de Menores.

El acceso a la red de protección se produce una vez detectado el caso y evaluado interdisciplinariamente por los denominados «Equipos de tratamiento familiar o Mesas técnicas de trabajo con menores y familias» y tras la adopción de una medida de protección, de **guarda** o de **tutela**, por parte del Pleno de la Comisión de Tutela del Menor. Después solicitará, al Área competente del IMMF, la asignación de plaza residencial para el menor o menores sobre quienes se ha adoptado la medida de protección. Desde el Área de Coordinación de Centros del Instituto se asigna el recurso más adecuado para la atención a las necesidades del menor o los menores a proteger.

El Decreto 88/1988, regula el Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y a la Adolescencia (Residencias Infantiles).

Existen varios tipos:

1. Centros de Primera Acogida o de Urgencias.

- Existen dos en la Comunidad de Madrid.
- Hasta 4000 ingresos al año.
- Disponibles inmediatamente.
- Realizan un estudio decisivo para la derivación posterior.
- Estancia entre tres semanas y un mes.

Una vez realizado el diagnóstico de cada niño, las alternativas propuestas a la Comisión de Tutela del Menor pueden ser:

- **Retorno a la familia:** Es la primera alternativa que se plantea, si tras el estudio realizado se considera conveniente esta opción, se buscarán y propondrán los apoyos necesarios en la zona para facilitar la incorporación.
- **Ingreso en Residencias propias o concertadas:** Si las circunstancias no han permitido el retorno a su familia la propuesta del Centro será de internamiento, dependiendo del Área de Coordinación de Centros la adjudicación de dicha plaza.
- **Acogimiento Familiar:** Ante los casos en que se vea clara la imposibilidad de vuelta a la familia, el Centro podrá realizar una propuesta de Acogimiento, pudiendo salir desde Acogida en adopción o Acogimiento Familiar cuando se dan los requisitos necesarios.

- Otros recursos: Esta última alternativa hace referencia aquellos niños que por sus especiales características (minusvalías, mayores de 16 años, etc...) requieran un recurso diferente.
2. Residencias de Primer Infancia. (0 a 6 años).
 - Existen cinco en la Comunidad. Tres públicas y dos concertadas.
 3. Residencias Infantiles. (3 a 18 años).
 - Es el recurso más común.
 4. Hogares. (3 a 18 años).
 - Se trata de pisos de 4 a 8 plazas.
 - Están gestionadas por ONGs.
 5. Recursos de Adolescentes. (12 a 18 años).
 - Existen dos. Una de ellas dedicada a extranjeros no acompañados.
 6. Centros Específicos. (discapacitados, trastornos de conducta).

El Instituto Madrileño del Menor y la Familia supervisa toda la red a través de una Unidad de Coordinación de Centros (tanto los de gestión directa como los concertados).

La mayoría de los menores acogidos tienen entre 14 y 18 años. A partir de los 16 años existe un proyecto educativo con previsión de salida, bien regresando a su familia de origen o bien integrándose en un plan de autonomía para su inserción laboral (programa específico).

En algunas ocasiones se prorroga la estancia para acabar actos formativos. También existen prorrogas especiales para mujeres adolescentes embarazadas.

Existe la figura del «educador tutor». Otra figura es la del «becario». Internos que se quedan como educadores en los propios Centros y sirven de ejemplo para los otros chicos. Otras veces, pasan a otros Programas de Ayudas de los Servicios Sociales.

12. Atención del maltrato en el hospital infantil universitario del niño Jesús

El Hospital del Niño Jesús de Madrid es un Centro con 130 años de larga tradición en la atención a la infancia. Auténtico pionero de la pediatría españo-

la, y con una especial sensibilidad desde sus inicios, ligado a la beneficencia, por las problemáticas sociales de los niños en situación de abandono o desamparo, es hoy un Centro de referencia en la atención al maltrato infantil.

Pediatras del Hospital, aún en activo, como el Dr. Casado Flores o el Dr. García Pérez son referentes obligados en la atención al maltrato infantil desde el ámbito sanitario a nivel nacional. El Dr. Casado Flores, Jefe de Servicio de la Unidad de Cuidados Intensivos y Profesor Titular de pediatría de la Universidad Autónoma de Madrid, fue uno de los primeros facultativos en nuestro país en describir exhaustivamente los indicadores y las consecuencias del maltrato físico infantil, publicándolo en varios tratados, hoy clásicos de obligada lectura para quien quiera iniciarse en este tema. El Dr. García Pérez, compañero durante varios años en la Unidad de Cuidados Intensivos del Dr. Casado, y también con una dilatada experiencia en el abordaje de los problemas sociosanitarios de niños y adolescentes, creó a finales de los años 90 la Unidad de **Pediatría Social** para dar cobertura a la atención al niño en situación de riesgo social, problemas sociales que originan problemas médicos y viceversa. Esta Unidad realiza una atención clínica pero sin descartar todos los factores e indicadores de riesgo. Se efectúa una intervención desde el punto de vista terapéutico y preventivo de las posibles secuelas del maltrato, para lo cual se trabaja multidisciplinarmente con los trabajadores sociales, así como con los psiquiatras y psicólogos que de una manera coordinada intervienen con el niño de riesgo social. En el caso de posibles abusos sexuales al menor se hace una colaboración con el Centro de Intervención de Abusos Sexuales Infantiles (C.I.A.S.I), dependiente de la Consejería de Servicios Sociales a través del Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF). Se trabaja con las familias intentando mejorar su desarrollo parental, así como sus condiciones de baja tolerancia a la frustración, evitando que las conductas de los niños no sean interpretadas como estresantes por sus progenitores.

La labor de la Unidad de Pediatría Social no es monográfica sino más bien interrelacionada con el resto de los servicios de apoyo del Hospital. A esta Unidad los posibles casos de maltrato le llegan normalmente a través del Servicio de Urgencias y los más graves a través de la UCI. Hay que destacar la estrecha relación con el Registro de casos de maltrato infantil del IMMF al que se envían las hojas de notificación por parte del Servicio correspondiente. De hecho el Dr. Díaz Huertas, responsable

del citado registro y otro de los facultativos más activos y con más publicaciones acerca del asunto que estamos tratando, forma parte como colaborador de la propia Unidad de Pediatría Social del Hospital.

Una vez realizada la notificación se continúa con el protocolo en estrecha colaboración con los trabajadores sociales del Centro, con los Servicios Sociales Municipales y con la Comisión de Tutela del Menor del IMMF.

En los casos de mayor intensidad, en los que existen lesiones graves, además, se realiza, a través del correspondiente parte de lesiones, la oportuna denuncia al juez de guardia, a la fiscalía de menores y en caso de abusos sexuales, al médico forense, coordinándose en estas ocasiones, las acciones judiciales con las propias de los servicios sociales.

En los últimos años ha sido muy importante la creación de la **Comisión de Violencia**, foro en el que se debaten y estudian las fórmulas de mejora en la atención y prevención del maltrato infantil. Entre otras cosas, una de las más relevantes ha sido la realización de los procedimientos normalizados de actuación ante situaciones de maltrato y abusos sexuales infantiles, consensuados con jueces y fiscales.

Otro foro que ha adquirido una significativa relevancia en los últimos años son las **Jornadas de Médicos y Jueces** que cada año se celebran en el Hospital, donde el mundo de la Salud y el del Derecho dialogan y ponen experiencias en común, siendo el maltrato infantil uno de los temas más recurrentes.

Como se puede apreciar en las siguientes gráficas, desde que se creó el registro de maltrato infantil en 1999 hasta 2008, se han notificado en la Comunidad de Madrid un total de 4.247 casos, de los cuales 2.188 (51,51%) se detectaron en la red hospitalaria. En el Hospital del Niño Jesús se notificaron un total de 765 casos en el mencionado periodo, lo que supone un 18,01% sobre el total y un 34,96% respecto a los detectados en los Hospitales. Los casos más notificados en el Centro son los abusos sexuales, seguidos por los maltratos físicos. La Unidad que más notifica es la de Pediatría Social seguida por la de Urgencias.

Cada año se diagnostican más casos de maltrato infantil. Este dato hay que considerarlo, a pesar de todo, positivo, ya que significa que los profesionales y la sociedad, en general, cada vez está más sensibilizada con la importancia que tiene sacar a la luz estos casos. Para poder prevenir y erradicar, en la medida de lo posible, esta importante patología, es fundamental la denuncia y la notificación.

GRÁFICO 10
Nº de notificaciones por año.
Totales y Hospital Niño Jesús

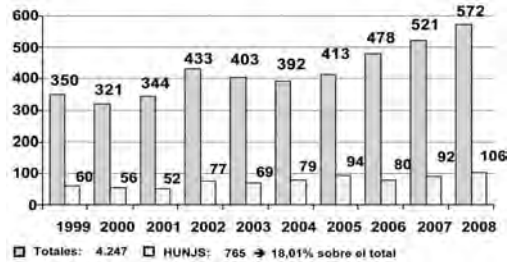


GRÁFICO 11
Nº de notificaciones por año
Hospitales y Hospital Niño Jesús

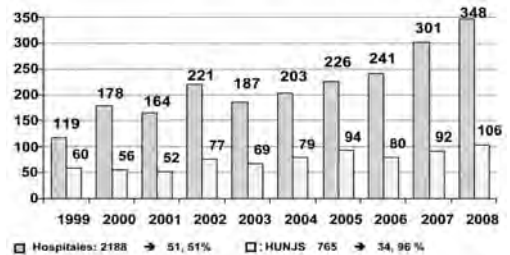


GRÁFICO 12
Hospital Niño Jesús. Tipo de maltrato

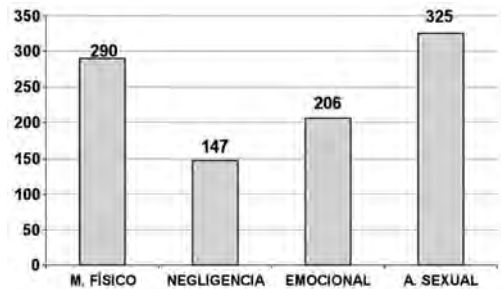
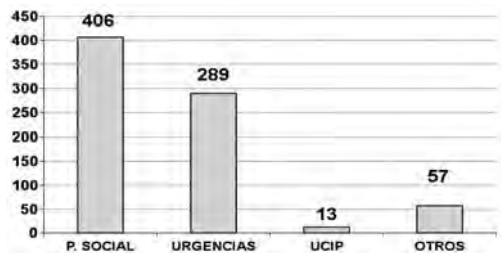


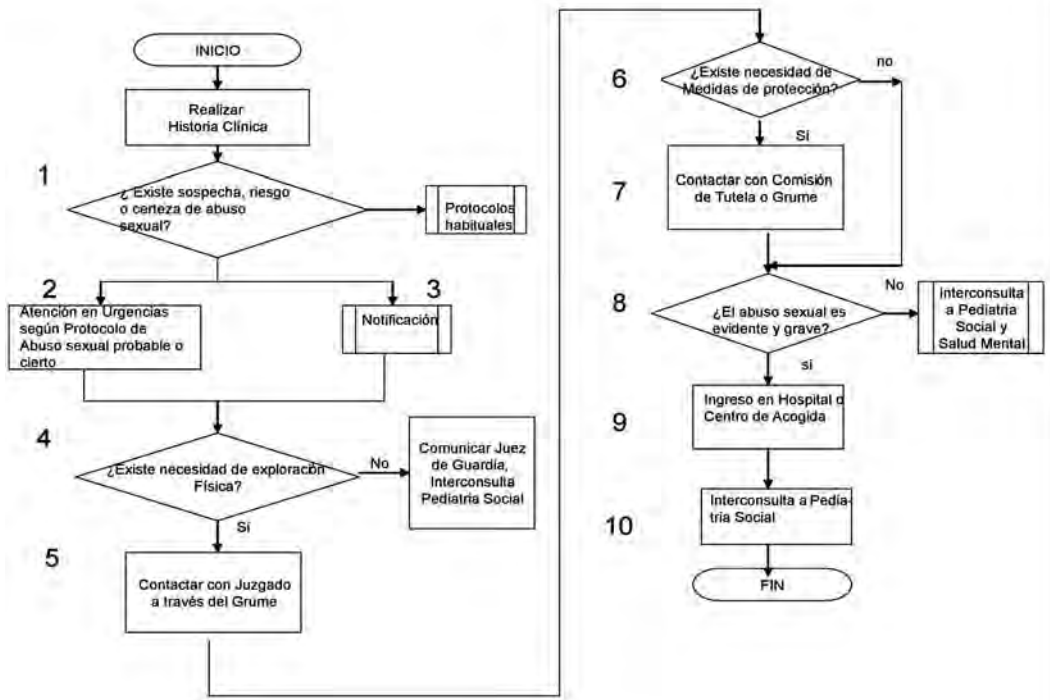
GRÁFICO 13
Hospital Niño Jesús. Servicio notificación



	CODIGO	FECHA	REV.	APROBADO	PROPIETARIO
Procedimiento de actuación ante abusos sexuales infantiles	PED-PG-002		01	Comisión de Violencia	Pediatría Social
Modificación: Creación del documento				Página:	

UCA-IM-002 **PROCEDIMIENTO**

OBJETO	Describir el sistema utilizado por el personal del HNJ implicado, para actuar ante los casos de sospecha, riesgo o certeza de abusos sexuales infantiles
ENTRADAS	- Llegada del paciente pediátrico a urgencias.
ACTIVIDADES	



RESULTADOS	Atención al paciente pediátrico con sospecha, riesgo o certeza de abuso sexual, conforme protocolo formal de actuación garante de sus derechos.
-------------------	---



Hospital Infantil
Universitario Niño Jesús

Comunidad de Madrid

	CODIGO	FECHA	REV.	AFROBADD	PROPIETARIO
Procedimiento de actuación ante abusos sexuales infantiles	PED-PG-002		01	Comisión de Violencia	Pediatría Social
Modificación: Creación del documento				Página:	
UCA-IM-002 PROCEDIMIENTO					
Responsable	Descripción de las actividades				
Médico/Enfermera	1. El/la médico/enfermera valoran la necesidad de que revisen al paciente dos médicos, uno, el médico que la ha atendido y otro, el Jefe de la Guardia o personal mas cualificado en quien delegue éste.				
Personal de Urgencias	2. Según protocolo de actuación ante situaciones de probable o cierto abuso sexual infantil y siempre: A) Valorando la situación clínica B) Valorando el riesgo respecto a la seguridad del niño. INDICADOR:				
Médico/Enfermera/ Área Administrativa	<p>3. La notificación que se efectuara siempre en todo caso de sospecha o certeza de abuso, se llevará a cabo en la Hoja de Notificación de Riesgo y Maltrato Infantil (papel autocopiativo), la cual consiste en tres copias:</p> <p>A) Una se enviará al Registro del IMMF</p> <p>B) Otra se enviará al trabajador social (TS) HNJS.</p> <p>C) Otra se archivará en la historia clínica del paciente.</p> <p>En la copia remitida al TS deberá pegarse una pegatina del paciente por el dorso y:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Meterse en un sobre y cerrarlo 2.- Sellar (Urgencias) la solapa del sobre 3.- Cubrir con una tira de celo. <p>Además, debe incluirse en el sobre, una copia del informe de urgencias.</p>				
Médico/Enfermera/ Tº Social	<p>4. Si no existe necesidad de exploración física, se comunicará al Juez de guardia (a través de Parte Judicial), a Protección de Menores y se enviará Interconsulta a Pediatría Social.</p> <p>Existe necesidad de exploración física cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Exista contacto físico con posibilidad de evidencias medico-legales (hayan pasado menos de 72 horas). . Cuando exista posibilidad de lesiones físicas que requieran tratamiento urgente 				

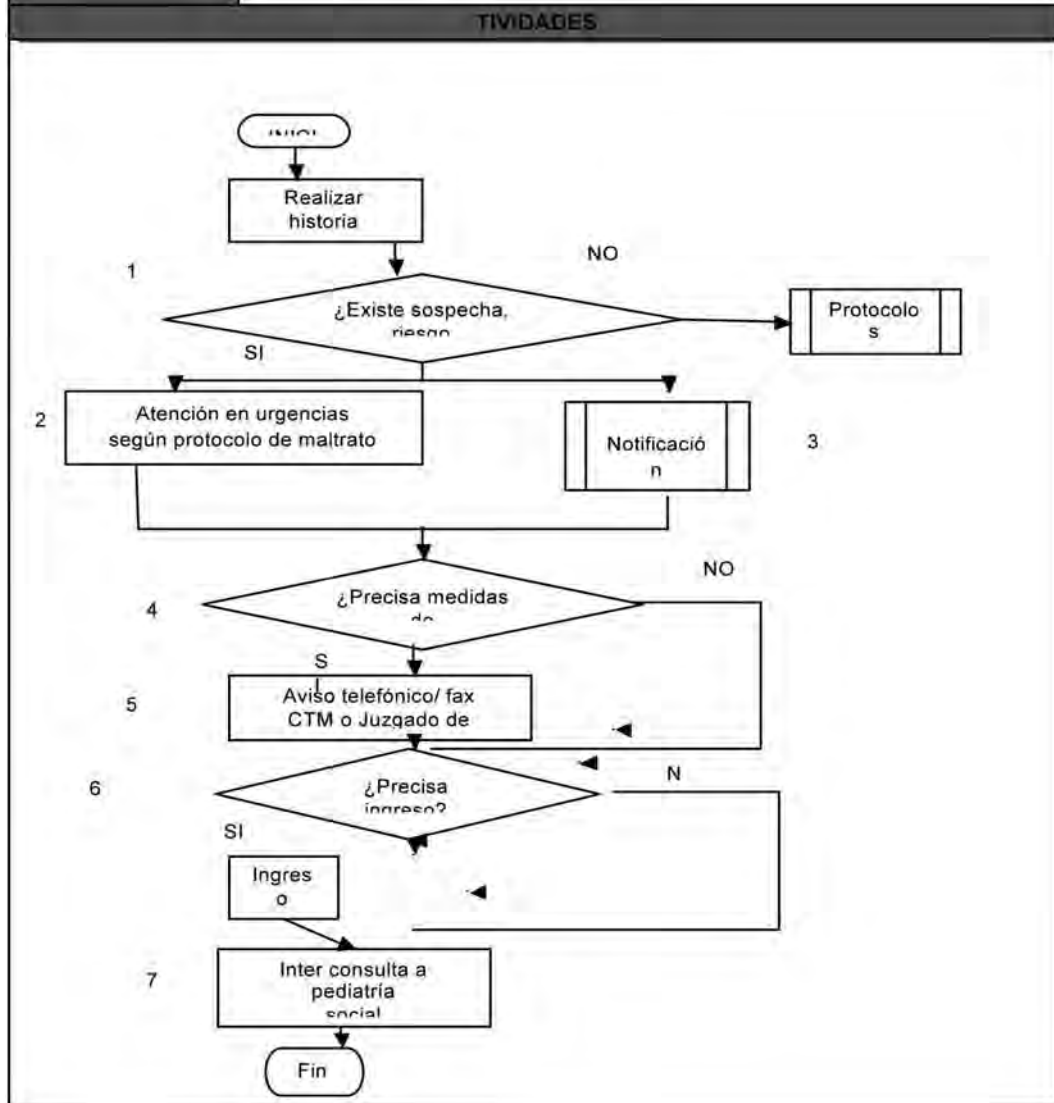
Responsable	Descripción de las actividades
Médico/Enfermera/ Tº Social	5. Para evitar victimizaciones secundarias y reexploraciones innecesarias solicitar presencia del forense para ello contactar con el juez de guardia para que se persone en el Hospital y Grume para coordinar la recogida de muestras.
Médico de Planta/Urgencias/ Tº Social	6. Existe necesidad de medidas de protección cuando la integridad del menor corre peligro si regresa a su domicilio.
Médico de Planta/Urgencias/ Tº Social	7. Si existe necesidad de medidas de protección contactar con Comisión de Tutela del Menor o Grume. El contacto lo realiza la trabajadora social del Hospital, en horario de 8:00 am a 9:00 pm en días laborables. CTM (Comisión Tutela del Menor). Días laborables de 8:00 am a 14:00 pm. Fax 915803747. Tf. 915803626
Médico/Enfermera/ Tº Social	8. Si no existe certeza de la existencia de abuso sexual y solo existe sospecha, se llevara a cabo seguimiento medico y psicológico (interconsulta a Pediatría Social y Salud Mental) además de rellenar la Hoja de notificación a la Comunidad de Madrid (copia para la historia clínica, registro y Servicios Sociales). Si el abuso sexual es evidente y seguro tendrá siempre la categoría de grave. CTM (Comisión Tutela del Menor). Días laborables de 8:00 am a 14:00 pm. Fax 915803747. Tf. 915803626
Médico/Enfermera/ Tº Social	9. Si se estima que el presunto abuso sexual es grave se deberá ordenar el ingreso del menor en el centro Hospitalario o Centro de Acogida. CTM (Comisión Tutela del Menor). Días laborables de 8:00 am a 14:00 pm. Fax 915803747. Tf. 915803626
Médico de Planta/Urgencias.	10. Envío a Pediatría Social de interconsulta con pegatina identificativa del paciente.

DOCUMENTACIÓN: Protocolo de abuso sexual infantil, Protocolo de ingreso HNJS

REGISTROS ASOCIADOS:

Nombre impreso	Código	Lugar archivo	Responsable archivo	Tiempo archivo
Informe de urgencias		Admisión de Urgencias/ Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de Admisión Urgencias/ Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Historia clínica		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Hoja de notificación de riesgo y maltrato infantil de la Comunidad de Madrid		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Parte de lesiones		Admisión de Urgencias/Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de Admisión Urgencias/Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Parte de inter consulta		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Fax		Unidad Trabajo social	Jefe de la Unidad de Trabajo Social	5 años

PROCEDIMIENTO	CÓDIGO	FECHA	REV.	APROBADO	PROPIETARIO
Procedimiento de Atención al Maltrato en Urgencias	PED-PG-001	25.11.08	01	Comisión de Violencia	Pediatría Social
Modificación: Creación del documento				Página: 69 de 1	
OBJETO	Describir el sistema utilizado por el personal del HNJ implicado, para atender los casos de sospecha, riesgo o certeza de maltrato				
ENTRADAS	- Llegada del paciente pediátrico a urgencias.				



RESULTADOS	Atención al paciente pediátrico con sospecha, riesgo o certeza de maltrato, conforme protocolo formal de actuación garante de sus derechos.
Responsable	Descripción de las actividades
Médico/Enfermera	<p>1. El/la médico/enfermera valoran la necesidad de que revisen al paciente dos médicos, uno, el médico que le ha atendido y otro, el Jefe de la Guardia o personal más cualificado en quien delegue este.</p>
Personal de Urgencias	<p>2. Según protocolo de Maltrato en Urgencias y siempre:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Valorando la situación clínica 2) Valorando el riesgo respecto a la seguridad del niño. <p>INDICADOR: Se realizará revisión de casos atendidos (15% casos)</p>
Médico/Enfermera/ Área Administrativa	<p>1. Papel autocopiativo, tres copias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Envío al registro del IMMF 2.- Envío a trabajador social (TS) HNJS 3.- Archivo en la historia clínica del paciente <p>En la copia remitida al TS deberá pegarse una pegatina del paciente por el dorso y:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Meterse en un sobre y cerrarlo 2.- Sellar (Urgencias) la solapa del sobre 3.- Cubrir con una tira de celo. <p>Además, debe incluirse en el sobre, una copia del informe de urgencias</p> <p>INDICADOR: N° total de notificaciones</p>
Médico/Enfermera/T° Social	<p>4. Como norma general, precisará medidas de protección todo menor que, tras ser valorado, no pueda garantizarse que su seguridad, cuidado e integridad están salvaguardadas por parte de sus progenitores/tutores</p> <p>Días laborables de 8:00 am a 21:00 pm se avisará al TS (Busca 7725)</p> <p>INDICADOR: N° casos notificados a Trabajo Social/ n° casos atendidos</p>
Médico/Enfermera/T° Social	<ul style="list-style-type: none"> • CTM (Comisión Tutela del Menor). Días laborables de 8:00 am a 14:00 pm. Fax 91 580 37 47 Tf. 915803626 <p>De 14:00 pm a 8:00 am del día siguiente y días no laborables se solicitará al Juzgado de Guardia (Tf: 914932513, Plaza de Castilla 1, 28046 Madrid)</p> <p>Parte de lesiones/Parte Judicial ----- Juzgado de Guardia</p> <p>INDICADOR: N° casos atendidos / n° parte de lesiones</p> <p>N° casos atendidos / n° niños tutelados</p>

Responsable	Descripción de las actividades
Médico de Urgencias	<p>Si se efectúa el ingreso con medidas de protección: seguir protocolo de ingreso HNJS+ medidas indicadas.</p> <p>Si se efectúa el ingreso y no hay medidas de protección: seguir protocolo de ingreso HNJS</p> <p>Si no se efectúa el ingreso: indicar al paciente que tiene una cita a las 11:00 horas del día laborable siguiente, en la consulta de Pediatría Social.</p> <p>INDICADOR: N° niños ingresados / n° casos notificados</p>
Médico de Planta/ Urgencias	<p>. Envío a Pediatría Social, Parte de Interconsulta con pegatina identificativa del paciente</p> <p>INDICADOR: N° niños atendidos / n° casos notificados</p>

DOCUMENTACIÓN: Protocolo de maltrato de urgencias, Protocolo de ingreso HNJS

REGISTROS ASOCIADOS:

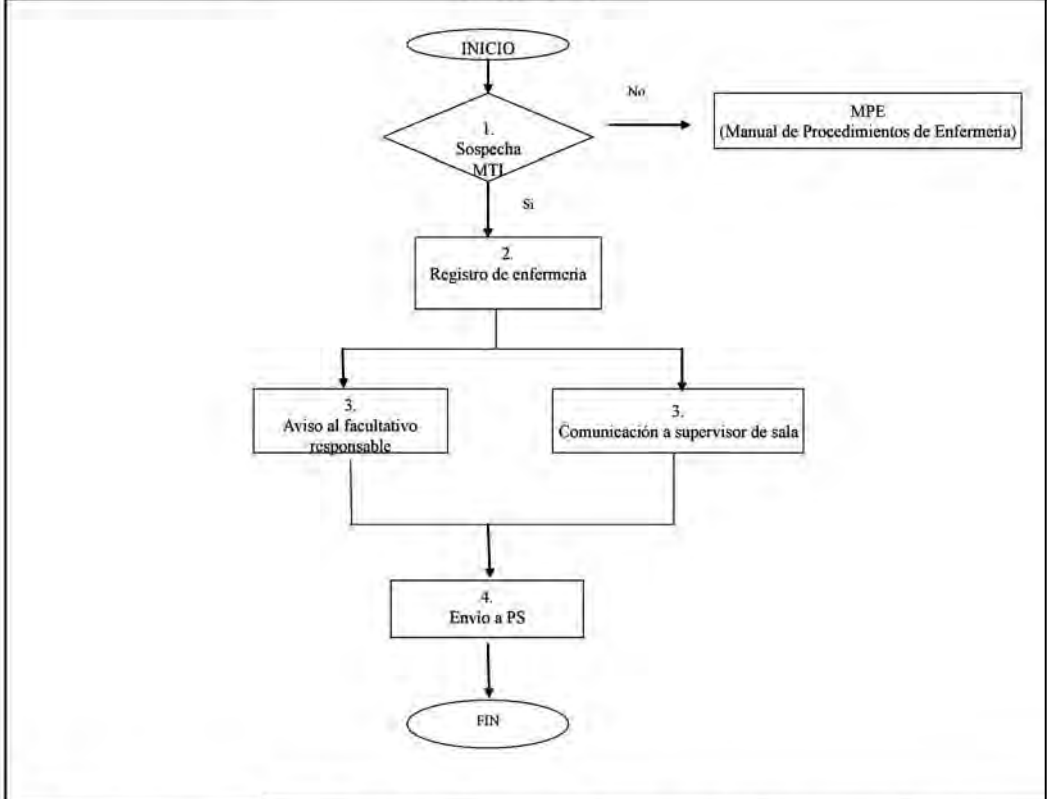
Nombre impreso	Código	Lugar archivo	Responsable archivo	Tiempo archivo
Informe de urgencias		Admisión de Urgencias/ Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de Admisión Urgencias/ Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Historia clínica		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Hoja de notificación de riesgo y maltrato infantil de la Comunidad de Madrid		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Parte de lesiones		Admisión de Urgencias/Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de Admisión Urgencias/Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Parte de inter consulta		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Fax		Unidad Trabajo social	Jefe de la Unidad de Trabajo Social	5 años

PROCEDIMIENTO	CÓDIGO	FECHA	REV.	APROBADO	PROPIETARIO
Procedimiento de atención al maltrato en paciente pediátrico hospitalizado			01		

Modificación: Creación del documento Página:

OBJETO	Describir el sistema utilizado por el personal del HNJ implicado, para actuar ante los casos de sospecha, riesgo o certeza de maltrato en pacientes hospitalizados
ENTRADAS	- Ingreso del paciente en planta

ACTIVIDADES



RESULTADOS	Atención al paciente pediátrico con sospecha, riesgo o certeza de maltrato infantil, conforme protocolo formal de actuación garante de sus derechos.
-------------------	--

PROCEDIMIENTO	CÓDIGO	FECHA	REV.	APROBADO	PROPIETARIO
Procedimiento de atención al maltrato en paciente pediátrico hospitalizado			01		
Modificación: Creación del documento				Página:	
Responsable	Descripción de las actividades				
Enfermera	1. Se sospechará maltrato según indicadores del manual				
Enfermera	2. Cumplimentando la hoja de detección, registro y notificación de enfermería. Una copia queda en la historia del paciente				
Enfermera	3. La notificación que se efectuara siempre en todo caso de sospecha o certeza de maltrato, se llevará a cabo en la Hoja de detección, registro y notificación de enfermería. La enfermera responsable comunica al facultativo y a la supervisor/a sobre su cumplimentación.				
Supervisora de enfermería	4. Envía copia de la hoja de notificación al servicio de pediatría social, una copia se queda en la historia del paciente.				

PROCEDIMIENTO	CÓDIGO	FECHA	REV.	APROBADO
Procedimiento de atención al maltrato en paciente pediátrico hospitalizado			01	
Modificación: Creación del documento				Página:

DOCUMENTACIÓN: Manual de procedimientos de enfermería, Protocolo de ingreso HNJS

REGISTROS ASOCIADOS:

Nombre expediente	Código	Lugar archivo	Responsable archivo	Tiempo archivo
Historia clínica		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años
Hoja de notificación de riesgo y maltrato infantil de la Comunidad de Madrid		Servicio de Archivo y Documentación Clínica	Jefe de S. de Archivo y Documentación Clínica	5 años

¿Qué haría usted si tuviera conocimiento de que un niño está siendo maltratado?

N=1500

• No se como reaccionaría, porque no conozco recursos o cauces	20%
• Trataría de hablar con los padres	19%
• Lo denunciaría a la policía.	19%
• Lo pondría en conocimiento de algún servicio social o personal que pudiera intervenir	18%
• Nada, no se puede intervenir en los asuntos privados de la familia	14%
• Lo denunciaría ante el Tribunal Tutelar de Menores.	5%
• Lo denunciaría ante el juzgado	2%
• Otros	1%
• No sabe/No contesta	2%

Encuesta realizada por la Unidad de Pediatría Social (2008) Hospital Niño Jesús Madrid

**REGISTRO DE OBSERVACIONES / EVALUACIÓN DE ENFERMERÍA
DE RIESGO Y/O MALTRATO INFANTIL**

Reacción del niño hacia:				Madre (M) o Padre (P)									
Madre (M)		Padre (P)		Abuelos		M		P		Personal		Otros pacientes	
enojo	<input type="checkbox"/>	enojo	<input type="checkbox"/>	enojo	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	correcto	<input type="checkbox"/>	agresivo	<input type="checkbox"/>		
temor	<input type="checkbox"/>	temor	<input type="checkbox"/>	temor	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	solicita aprobación	<input type="checkbox"/>	temeroso	<input type="checkbox"/>		
desinterés	<input type="checkbox"/>	desinterés	<input type="checkbox"/>	desinterés	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	provocador	<input type="checkbox"/>	zalamero	<input type="checkbox"/>		
contento	<input type="checkbox"/>	contento	<input type="checkbox"/>	contento	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	pide atención	<input type="checkbox"/>	reservado	<input type="checkbox"/>		
tristeza	<input type="checkbox"/>	tristeza	<input type="checkbox"/>	tristeza	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	desinteresado	<input type="checkbox"/>	correcto	<input type="checkbox"/>		
retraimiento	<input type="checkbox"/>	retraimiento	<input type="checkbox"/>	retraimiento	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	retraído	<input type="checkbox"/>	comunicativo	<input type="checkbox"/>		
sumiso	<input type="checkbox"/>	sumiso	<input type="checkbox"/>	sumiso	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	sumiso	<input type="checkbox"/>	otros	<input type="checkbox"/>		
otros	<input type="checkbox"/>	otros	<input type="checkbox"/>	otros	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	temeroso	<input type="checkbox"/>				
								busca protección	<input type="checkbox"/>				
								otros	<input type="checkbox"/>				

Interés por el niño				Actitud hacia el				Actitud hacia otros							
Atención		M	P	Parecen		M	P	personal		M	P	padres		M	P
coger en brazos	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		poco interesado	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		ansioso	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		poco interesado	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
hablar	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		irritado	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		inquieto	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		habla mucho	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
baño	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		Hostil	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		hostil	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		correcto	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
alimentar	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		ocultar algo	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		culpable	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		incorrecto	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
jugar	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		culpabilizado	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		correcto	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		otros	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
cambio pañales	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		poco interés por el diagnóstico	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		excesivamente colaborador	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>					
Otros	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		otros	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		Otros	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>					

Características del niño			
Conducta general		Habilidades según corresponde a su edad	
Correcta	<input type="checkbox"/>	Retraso adquisición conocimientos	<input type="checkbox"/>
Destructiva	<input type="checkbox"/>	No hábitos higiene	<input type="checkbox"/>
Hiperactiva	<input type="checkbox"/>	No utilización cubiertos	<input type="checkbox"/>
Pesadillas	<input type="checkbox"/>	Desarrollo lenguaje incorrecto	<input type="checkbox"/>
Duerme poco	<input type="checkbox"/>	Vestimenta inadecuada	<input type="checkbox"/>
Come poco	<input type="checkbox"/>	Dificultad de establecer relaciones sociales	<input type="checkbox"/>
Expresa deseo de no volver a casa	<input type="checkbox"/>	Enuresis	<input type="checkbox"/>
Verbaliza malos tratos	<input type="checkbox"/>	Encopresis	<input type="checkbox"/>
Otros (especificar):	<input type="checkbox"/>	Otros (especificar):	<input type="checkbox"/>

Visitas	Frecuencia duración	M	P	Otros:	Observaciones:

Observaciones:					

Datos identificación:					
Niño Apellidos y nombre:			Nº Hª	Fecha nacimiento:	
Sala:			Motivo de ingreso:		
Notificador DUE:			Tfno ext.	Fecha notificación:	

ASPECTOS JURÍDICOS

13. Marco normativo de la protección jurídica del menor

Legislación internacional

- Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptado por la Conferencia de La Haya en su 14ª Sesión el 25 de octubre de 1980.
- Declaración de los derechos de los impedidos, de 9 de diciembre de 1975, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución A/RES/3447(XXX).
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional., adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad; adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración del Milenio Resolución A/RES/ 55/2, de 13 de septiembre de 2000.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «Un mundo apropiado para los Niños», A/RES/S-27/2, de 10 de mayo de 2002.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Trata de mujeres y niñas, Resolución A/RES/61/144, de 19 de diciembre de 2006.
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, Resolución A/RES/61/146, de 19 de diciembre de 2006.
- Declaración y Programa de Acción de Viena (12 de julio de 1993).
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, resolución A/RES/55/25, de 8 de enero de 2001, Anexo II.
- Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.
- Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, de 25 de octubre de 1980.
- Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ratificado por España el 11 de julio de 1995.
- Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.
- Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre el cobro internacional de alimentos.
- Convenio de 1973 sobre la edad mínima de admisión al empleo (Convenio nº 138).
- Convenio de 1999 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Convenio nº 182).
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Legislación Europea

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- Carta Europea de los Derechos del Niño.
- Carta Europea sobre los Derechos de los Niños Hospitalizados (Resolución del Parlamento Europeo Doc. A 2-25/86, DOCE 13 de mayo de 1986).

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 7 de diciembre de 2000. 2000/C364/01.
- Libro Blanco de la Comisión Europea, un nuevo impulso para la juventud.
- Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio.
- Decisión marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.
- Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001.
- Decisión del Consejo 2000/375/JAI, de 29 de mayo de 2000. Lucha contra la pornografía infantil en Internet.
- Decisión 1031/2000/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2000, programa de acción comunitario «Juventud».
- Decisión nº 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2007-2013) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo «Daphne III».
- Decisión 1719/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, por el que se establece el programa.
- Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por el que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.
- Acción Común 97/154/JAI, de 22 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.
- Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea.
- Directiva 97/36/CE, de 30 de junio, por la que se modifica la Directiva 89/522/CEE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisada.
- Directiva 77/486 del Consejo, de 27 de julio, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores inmigrantes (DOCE L199; 6/08/77) EUR-Lex - 31977L0486 - ES.
- Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 27 de junio, de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.
- Reglamento (CE) nº 2201/2000 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. (Deroga el Reglamento 1347/2000).
- Resolución relativa a la aportación de la sociedad civil en la búsqueda de niños desaparecidos y explotados sexualmente. (D.O. nº C 283, de 9/10/2001).
- Resolución del Consejo de Europa (77)33 y Recomendación R(81)3, referidas a la colocación y acogimiento de menores.
- Recomendación nº R (98)1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación familiar.
- Recomendación (2001)16, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual, de 31 de octubre de 2001.
- Convenio de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, de reconocimiento y ejecución en materia de custodia de menores.
- Convención sobre ciberdelitos, 23 de noviembre de 2001.

Legislación del Estado Español

- Constitución Española que establece el derecho a la vida y la integridad física y moral (art. 15), a la educación (art. 27), a la salud (art. 43),..., y concretamente en el artículo 39:
 1. Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia
 2. Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.
- La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del

matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 - Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
 - Disposiciones del Código Civil relativas a menores, especialmente el Libro I y, dentro de éste el Título VII (de las relaciones paterno-filiales).
 - Disposiciones de la Ley Enjuiciamiento Civil relativas a menores de edad.
 - Disposiciones del Código Penal relativas a menores de edad.
 - Disposiciones de la Ley Enjuiciamiento Criminal relativas a menores.
 - 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.
 - Estatuto de los Trabajadores. Trabajo de los menores y capacidad para contratar.
 - Referencias a menores en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
 - Referencias a los menores de edad en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva.
 - Referencias a los menores de edad en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
 - Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
 - Referencias a menores de edad en la acción protectora de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
 - Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
 - DECRETO 23/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria.
 - LEY 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
 - LEY 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
 - REAL DECRETO 696/1995, de 28 de abril, de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales.
 - REAL DECRETO 299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.
 - REAL DECRETO 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.
 - REAL DECRETO 894/2002, de 30 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.
 - REAL DECRETO 943/2003, de 18 de julio, por el que se regulan las condiciones para flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo para los alumnos superdotados intelectualmente.
 - REAL DECRETO 362/2004, de 5 de marzo, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional específica.
 - REAL DECRETO 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
 - REAL DECRETO 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación primaria.
 - REAL DECRETO 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.
 - REAL DECRETO 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil.
 - REAL DECRETO 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.
 - REAL DECRETO 275/2007, de 23 de febrero, por el que se crea el Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar.
 - REAL DECRETO 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas.

- Ley orgánica 8/85, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- Ley orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y Código Civil, sobre sustracción de menores.
- Ley orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5, 567.1 y 3, y 577.1, del Código Penal.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio.
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción.
- Real Decreto 1720/ 2007, de 21 de diciembre, Reglamento que desarrolla la Ley orgánica 15/1999.
- Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.
- Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de becas y ayudas al estudio personalizadas.
- Real Decreto 806/1993, de 28 de mayo, por el que se regula el régimen de los centros docentes extranjeros en España.
- Real Decreto 694/2007, de 1 de junio, por el que se regula el Consejo Escolar del Estado.

Legislación de la Comunidad de Madrid

- Estatuto de Autonomía.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia.
- Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.
- Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del organismo autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia.
- Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Ac-

ción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

- Ley 18/1999, de 29 de abril, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Disposiciones relativas a menores en la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid.
- Disposiciones relativas a menores en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.
- Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid.
- Disposiciones relativas a menores en la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid.
- Disposiciones relativas a menores en el Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea piercing u otras similares de adorno corporal.
- DECRETO 18/2008, de 6 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que imparten primer ciclo de Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad de Madrid.
- DECRETO 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid.
- DECRETO 22/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Primaria.
- DECRETO 118/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por la que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación.

Legislación deontológica profesional

El Código de Deontología y Ética Médica establece en su artículo 30.3: *El médico que conociere que cualquier persona, y más aún si es menor o incapacitado, para cuya atención ha sido requerido, es objeto de malos tratos, deberá poner los medios necesarios para protegerlo, poniéndolo en conocimiento de la autoridad competente.*

El Código Deontológico de la Enfermería Española establece en su artículo 39: *La enfermera denunciará y protegerá a los niños de cualquier forma de*

abusos y denunciará a las autoridades competentes los casos de los que tenga conocimiento.

El Código Deontológico del Psicólogo establece en su artículo 8: *Todo psicólogo debe informar, al menos a los organismos colegiales, acerca de las violaciones de los derechos humanos, malos tratos o condiciones de reclusión crueles, inhumanas o degradantes de que sea víctima cualquier persona y de los que tuviere conocimiento en el ejercicio de su profesión.*

El Código Deontológico de los trabajadores sociales establece en su artículo 23: *El diplomado en trabajo social debe comunicar o denunciar las situaciones de maltrato, abuso o abandono de las personas indefensas o incapacitadas, manteniendo, no obstante, el objetivo de intervenir para corregir esas situaciones con las personas implicadas en la misma. Igualmente debe denunciar cualquier otra situación que vaya contra los derechos humanos.*

TABLA 4.

Disposiciones normativas de las comunidades autónomas en materia de protección al menor

Comunidad Autónoma	Rango	N	Fecha	Título	Fecha de Publicación
Andalucía	Ley	1	20/4/98	De los Derechos y la Atención al Menor	BOJA 24/6/98 BOE 24/6/98
Aragón	Ley	10	14/12/89	De Protección de Menores	BOE 5/1/90
	Ley	12	02/07/01	De la Infancia y Adolescencia en Aragón	BOA 20/07/01
Asturias	Ley	1	27/1/95	De Protección del Menor	BOPA 9/2/95
	Decreto	139	16/9/99	De organización y funciones del Instituto Asturiano de Atención Social a la infancia Familia y Adolescencia.	BOPA 18/9/99
	Decreto	46	1/6/00	Por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores	B BOPA 14/6/00
Balears	Ley	7	21/3/95	De guarda y protección de los menores desamparados	BOE 19/5/95
	Decreto	16	30/1/97	Crea la Oficina de Defensa de los Derechos del menor	BOCAIB 18/2/97
Canarias	Ley	1	7/2/97	De atención integral de los Menores	BOC 17/2/97
	Decreto	54	17/4/98	Por la que se regulan las actuaciones de amparo de los menores	BOC 6/5/98
	Decreto	105	25/5/99	Por el que se regula la constitución composición y funciones de la Comisión interadministrativa de menores	BOC 9/6/99
Cantabria	Decreto	66	7/9/92	Por el que se aprueba el Reglamento de expedientes administrativos de Adopción, Tutela, Guarda y Acogimiento de Menores	BOC 28/9/92
	Ley	7	28/4/99	Protección de la infancia y la Adolescencia	BOE 28/5/99
Castilla Y León	Decreto	57	7/4/88	Por el que se dictan normas sobre protección de menores	BOC Y L 14/4/88
Castilla La Mancha	Decreto	143	18/12/90	Sobre procedimiento en materia de protección de menores	BOC 26/12//90
	Orden	3	10/2/98	Regula el programa de acogimiento familiar de menores en la C. A. de Castilla –La Mancha	BOCM 20/2/98
	Ley		31/3/99	Del Menor	BOC 9/6/99
Cataluña	Ley	37	30/12/91	Sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción	BOE 21/2/92
	Decreto	188	28/6/94	De creación de la Comisión de Asesoramiento Y Supervisión de personas jurídicas sin animo de lucro que tengan asignada la tutela de menores e incapacitados.	DOGC 5/8/94

Continúa

Continuación TABLA 4.

Disposiciones normativas de las comunidades autónomas en materia de protección al menor

Comunidad Autónoma	Rango	N	Fecha	Título	Fecha de Publicación
Cataluña	Ley	8	27/7/95	De atención y protección de los niños y adolescentes y modificación de la Ley 37/91	BOE 30/8/95
	Decreto	2	7/1/97	Por el que se aprueba el reglamento de Protección de Menores desamparados y de la adopción.	DOGC 13/1/97
	Decreto	22	30/1/97	Modifica la disposición final del Decreto 2/97	DOGC 31/1/97
	Decreto	127	27/5/97	Por el que se aprueba el Reglamento de Protección de los menores desamparados y de la adopción	DOGC 30/5/97
	Ley	13	19/11/97	Modifica parcialmente el Decreto 2/97 de 7 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Protección de los menores desamparados y de la adopción. Creación del Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción	DOGC 27/11/97
Comunidad Valenciana	Decreto	31	18/2/91	Por el que se modifica el Decreto 23/88 de Medidas de protección de menores en situación de desamparo.	DOGC 4/3/91
	Ley	7	85/2/94	De la infancia	BOE 25/1/95
Extremadura	Ley	4	10/11/94	De Protección y atención a menores.	BOE 27/12/94
	Decreto	68	5/5/98	Establece la habilitación a entidades colaboradoras para el desarrollo de programas de hogares o pisos de acogida de menores y regulación de la acción concertada de la Consejería de B. Social en esta materia	DOE 14/5/98 B
Galicia	Ley	3	9/6/97	Gallega de la Familia, de la infancia y la Adolescencia.	DOG 20/6/97
	Decreto	42	7/1/2000	Por el que se refunde la normativadora	DOG 6/3/00
Madrid	Orden	300	15/4/91	Relativa al procedimiento para la constitución de la guarda de menores.	BOCM 22/4/91
	Decreto	71	12/11/92	Por el que se modifica el Decreto 121/88 y Ejercicio de la tutela y guarda del menor.	BOCM 19/11/92
	Ley	6	28/3/95	De Garantías de los Derechos de la infancia y Adolescencia en la Comunidad de Madrid	BOCM 7/4/95
	Ley	18	29/4/99	Reguladora de los Consejos de Atención a la infancia y la Adolescencia.	BOCM 19/5/99
Murcia	Ley	3	21/3/95	De la infancia	BOE 2/6/95
Navarra	Decreto Foral	90	25/3/86	Normas sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores	BON 7/4/86
Rioja, La	Ley	5	18/3/98	Ley del Menor	BOE 2/4/98
Alava	Decreto	207	2/7/85	Traspasan los servicios de las instituciones Comunes al Territorio Histórico de Alava en materia de protección, tutela y reinserción social de menores.	BPV 18/7/85
Guipúzcoa	Decreto	209	2/7/85	Traspasan los servicios de las instituciones Comunes al Territorio Histórico de Guipuzcoa en materia de protección, tutela y reinserción social de menores	BPV 18/7/85
Vizcaya	Decreto	211	2/7/85	Traspasan los servicios de las Instituciones Comunes al Territorio Histórico de Vizcaya en materia de protección, tutela y reinserción social de menores	BPV 18/7/85

14. Análisis de la evolución normativa en España

El Derecho ha dedicado una escasa atención a los malos tratos, porque tradicionalmente los malos tratos a los hijos se consideraban una cuestión reservada a la esfera familiar. Esto ha supuesto que en las escasas ocasiones en que los malos tratos se alegaran, los tribunales adoptaran una posición mayoritaria contraria a la aplicación de las instituciones jurídico-civiles protectoras de menores, como la privación de la patria potestad, la suspensión del derecho de visita, etc.; a sensu contrario los tribunales se mostraban partidarios del mantenimiento -pese a los malos tratos probados- de la patria potestad, de la guarda y custodia y del derecho de visita.

Sin embargo, en los últimos años el legislador ha dado un giro copernicano en esta materia y ha pretendido atajar el problema social de la violencia doméstica, estableciendo medidas desde ámbitos diferentes. De este modo, pasamos de un sistema paternalista en el que se atribuía al padre de familia absoluta potestad sobre su mujer y sus hijos, a un sistema autonomista en el que se reconoce plena libertad a cada individuo, siendo los menores sujetos de derecho especialmente protegidos.

Hay que citar las dos grandes normas que marcan el inicio en este cambio de perspectiva:

La **Constitución Española de 1978** al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la **Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990**, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

Este es el primer instrumento jurídico internacional que establece el requisito de velar por el interés superior del menor en todas las actuaciones legislativas, judiciales y administrativas de los Estados Parte y que vincula y compromete a los Estados a su cumplimiento.

Con su ratificación por España, la Convención se incorpora plenamente a nuestro ordenamiento jurídico y así, la **protección de la infancia**, la pro-

moción de sus derechos y el principio jurídico del **interés superior del menor**, ha impregnado toda nuestra legislación y ha orientado los principios de la acción de la justicia y de la administración pública, en España y particularmente en la legislación autonómica, en la que la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, representa uno de los textos más avanzados en la promoción del bienestar de los menores.

14.1. Legislación Civil

Los malos tratos a los hijos siempre han existido, justificados por una concepción de la patria potestad como un poder ilimitado. El Derecho hebreo, el Derecho romano y el Derecho germánico reconocieron a los padres el derecho de castigar a sus hijos. Las facultades de los progenitores en este orden fueron, en general, muy amplias en los pueblos antiguos, consecuentemente con el carácter de poder atribuido a la patria potestad y con la concepción de ésta como un derecho ilimitado y despótico.

La patria potestad como poder atribuido al padre -y en su defecto a la madre- incluía necesariamente dentro del deber de educación y formación a los hijos las facultades paternas «de corregirlos y castigarlos moderadamente». El art. 154 CC anterior a la reforma de 1981 señalaba: «El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre. Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior».

Esto supuso la posibilidad de corregir a los hijos a través de **castigos corporales**, por lo que el uso de la violencia física y psíquica había sido una práctica constante y muy extendida en dicha época. No obstante, si los progenitores se extralimitaban en el ejercicio del derecho de corrección o castigo, tratando a los hijos «con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores», las consecuencias jurídicas, que podían derivarse, principalmente, eran la privación de la patria potestad, la suspensión de su ejercicio o la suspensión de la guarda. Sin embargo, son prácticamente inexistentes las sentencias que aluden a la privación de dicha potestad por malos tratos a los hijos; las sentencias del TS de 30 de octubre de 1894, 11 de junio de 1896 y 9 de enero de 1897 que únicamente dieron lugar al depósito de los menores tras los malos tratos sufridos.

La reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio supone un cambio radical en el entendimiento de la patria potestad. A partir de entonces la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos progenitores y la patria potestad se concibe como un deber o una función de los padres en beneficio de los hijos. De este modo la patria potestad está integrada por una serie de deberes y facultades: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos, administrar sus bienes y **corregirlos razonable y moderadamente** (art. 154 CC). El CC reformado no incorpora el tradicional derecho al castigo que contenía su antecesor; sin embargo, la facultad de corregir a los hijos -de manera razonable y moderada- seguía manteniéndose tras la reforma de 1981 como contenido natural del ejercicio de la patria potestad. La duda que se planteaba, era si dicha facultad de corrección suponía la legitimación de una violencia leve (las agresiones graves ya estaban castigadas en los tipos penales correspondientes de maltrato familiar y se consideraban incumplimientos de los deberes paterno-filiales a efectos de la privación de la patria potestad) frente a los hijos en el ejercicio del deber de educación. Un sector de la doctrina entendía que «De acuerdo con las costumbres y orientaciones actuales, parece que habrá que reputar como castigos lícitos los azotes leves y encierros que no pongan en peligro la salud del menor». Según esta corriente doctrinal dentro de la facultad de corrección se encontraban los castigos a los hijos, con el límite de que fueran «azotes leves», «encierros que no pongan en peligro la salud del menor» y no le suponga la privación «de cosas necesarias». Los tribunales no han seguido una posición unívoca, ya que la corrección razonable y moderada es un concepto jurídico indeterminado, que viene concretado por los usos sociales; lo que ha supuesto que en algunas ocasiones hayan considerado que el derecho de corrección de los padres no puede amparar ninguna clase de violencia y en otras hayan interpretado que determinadas agresiones físicas -un bofetón- quedan amparadas en el derecho de corrección a los hijos ex art. 154 CC.

A partir de 1990, con la incorporación a nuestro Ordenamiento de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, se planteó un amplio debate acerca de la necesidad de modificar el citado artículo 154 CC. ya que iba contra el artículo 19 del citado cuerpo normativo. Tanto el Consejo de Europa como el Defensor del Menor de la Comu-

nidad de Madrid se unieron a la petición de la total supresión del citado artículo del Código Civil. El castigo físico no se debía, en ningún caso, considerar como una medida de corrección propia de los padres. La supresión definitiva no llegaría hasta el año 2007 con la Ley de Adopción Internacional.

De esta forma se puede afirmar que el legislador se ha adentrado en el ámbito civil y ha dictado normas jurídico-civiles que coadyuvan en la lucha contra la violencia en el hogar. Así, en la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica añade un nuevo artículo 544, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo apartado 7º se establece que las medidas de naturaleza civil deberán de ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien, por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 CC. Añadiendo que estas medidas civiles podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancias con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

En una dirección similar, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que establece un conjunto de medidas jurídico-sociales contra la violencia de género, ha regulado una serie de medidas procesales civiles; entre las más relevantes se encuentra la pérdida de competencia de los Juzgados de Primera Instancia a favor de los Juzgados de violencia contra la Mujer (art. 57), medidas relativas a la suspensión de la patria potestad o la custodia de los menores (art. 65), a la suspensión del régimen de visitas (art. 66) y garantías para la adopción de medias y mantenimiento de las mismas (arts. 68 y 69).

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de **separación y divorcio** y a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de **Adopción internacional**, son también normas que inciden de forma importante en la materia que estamos tratando. La Ley 15/2005 ha supuesto un cambio radical conforme a la legislación anterior, ya que ha suprimido las causas de separación y divorcio; por lo que los malos tratos han dejado de alegarse como causa de separación. Sin embargo, concede una importancia trascendental a los malos tratos familiares, ya que en el apartado 2º del art. 81 CC establece que no será preciso el transcurso del pla-

zo general de tres meses para la interposición de la demanda de separación, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio; en otros términos, la reforma instaurada por la Ley 15/2005 supone que los malos tratos familiares sean tenidos en cuenta a efectos de interponer la demanda de separación, para lo cual no resulta necesario que transcurra plazo alguno desde la celebración del matrimonio. Asimismo, se concede importancia a los malos tratos en el art. 92.7 CC a efectos de no conceder una custodia compartida. De este modo, no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Incluso va más allá el legislador en el sentido de que tampoco procederá una custodia compartida, cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Por su parte, la Ley de Adopción Internacional también ha insistido en el tema de los malos tratos a menores. Concretamente la Disposición final 1ª, apartado dos, ha introducido determinadas modificaciones en varias normas del CC relacionadas con la materia -los arts. 154 y 268-. El art. 154, relativo a la patria potestad, mantiene básicamente su contenido, aunque añade que el ejercicio de la patria potestad se ejercerá **«con respeto a su integridad física y psicológica» de los hijos.**

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor también modifica el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el Título I «De los Derechos de los Menores», se estipula que los Menores tendrán, derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la información, a la libertad ideológica, de conciencia y de religión, a la participación, asociación y reunión, a la libertad de expresión y a ser oído por los órganos judiciales. A continuación se fijan como Principios Rectores de actuación de los Poderes Públicos:

- El interés superior del menor.
- Mantenimiento en su medio familiar de origen.
- Integración familiar y social.
- Prevención de perjuicios.
- Sensibilización social ante su indefensión.
- Promoción de la participación y solidaridad social.
- Objetividad.

En el Título II «Actuaciones en situación de desprotección e Instituciones de protección de menores», en el [artículo 13](#), marca la obligación de los ciudadanos, ante una situación de riesgo o desamparo de un menor, de auxilio inmediato y comunicación a la autoridad. Introduce los conceptos de riesgo y desamparo y regula la guarda, la tutela, el acogimiento y la adopción.

Por su parte la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil regula en su Libro IV «Procesos Especiales», el procedimiento de familia (Arts. 748 a 781), contiene cinco capítulos básicos:

- Disposiciones generales, Art. 749, intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos no sólo en los penales.
- Art. 754, exclusión de la publicidad.
- Procesos sobre la capacidad de las personas (Arts. 756 a 763).
- Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (Arts. 764 a 768).
- Procesos matrimoniales y de menores (Arts. 769 a 778).
- Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (Arts. 779 a 781).

El Código Civil regula esta materia en su Libro I «De las Personas», en los artículos 17 a 332.

- Nacionalidad. Art. 17 a 28.
- Separación y Divorcio: los hijos. Art. 81 a 107 (Guarda y Custodia y Derecho de Visitas).
- Paternidad y Filiación. Art. 108 a 141.
- Alimentos. Art. 142 a 153.
- Relaciones paterno-filiales. Art. 154 a 171. Patria potestad. Art.158.
- La adopción y otras formas de protección de menores (acogimiento familiar). Art. 172 a 180.
- La incapacitación: Art. 199 a 201.
- La tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados. Art. 215 a 306.
- La mayoría de edad y la emancipación. Art. 314 a 324.

14.2. Legislación Penal

Hay que destacar como leyes más importantes del ámbito penal las siguientes:

- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se reforma el antiguo código Penal.

- Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, por la que se modifica el Código Penal de 1995 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de víctimas de malos tratos.
- Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre sobre medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.
- Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por la que se vuelve a reformar el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, en la que se trata la responsabilidad penal del menor.
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El Código Penal recoge en su articulado diversas actuaciones tipificadas como delitos o faltas que tienen una relación directa con la violencia doméstica.

Libro segundo: Parte Especial – Delitos.

Título I: Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud (Artículo 106 al 129):

- Capítulo I: Homicidio (Artículo 106 al 113).
- Capítulo II: Aborto (Artículo 114 al 120).
- Capítulo III: Lesiones (Artículo 121 al 124).
- Capítulo IV: Exposición a peligro o abandono de personas en peligro (Artículo 125 al 129).

Título III: Delitos Contra la Familia (Artículo 139 al 150):

- Capítulo III: Atentados contra la patria potestad (Artículo 147 al 148).
- Capítulo IV: Omisión de asistencia familiar (Artículo 149 al 150).

Título IV: Delitos Contra la Libertad (Artículo 151 al 184):

- Capítulo I: Violación de la libertad personal (Artículo 151 al 153).
- Capítulo IX: Violación de la libertad sexual (Artículo 170 al 178).

Título XIV-A: Delitos Contra la Humanidad (Artículo 319 al 324):

- Capítulo III: Tortura (Artículo 321 al 324).

Libro Tercero: Faltas.

Título II: Faltas contra la persona.

Artículo 441.-Lesión dolosa y lesión culposa

Se considera circunstancia agravante (se considerará delito), cuando la víctima es menor de catorce años y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable de aquel, y a criterio del juez, cuando sean los sujetos a que se refiere el Artículo 2 de la Ley.

Artículo 442.-Maltrato

Artículo 443.-Agresión sin daño

La Ley de Enjuiciamiento Criminal por su parte, regula:

- Libro IV. Procedimientos especiales:

- Enjuiciamiento de aforados.
- Procedimientos abreviados.
- Juicios rápidos para determinados delitos. Entre ellos la violencia de género y doméstica.

- Libro V. Recursos:

- Apelación.
- Casación.
- Revisión.

- Libro VI. Juicio de Faltas.

- Libro VII. Ejecución de Sentencias.

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género estableció importantes modificaciones en el Código Penal con relación a la mujer maltratada y también a los menores.(Art. 35 a 41), agravando las penas cuando los delitos son cometidos contra menores o en presencia de menores.

Artículo 148. Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

- 3º. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.
- 4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- 5º. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Artículo 153.1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o

una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Artículo 171.1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Establece también la citada Ley una serie de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas. El art. 61 atribuye a los hijos la posibilidad de solicitar estas medidas en los procedimientos relacionados con la violencia de género. El art. 62 dice que también es posible la adopción de las denominadas «órdenes de protección» con todas las previsiones contempladas en el art. 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de menores víctimas. El art. 63 contempla la protección de la intimidad de las víctimas, de los descendientes y los de cualquier persona bajo su guarda o custodia, con limitación de la publicidad de las vistas. El art. 64 establece que el juez puede ordenar la salida obligatoria del inculpado del domicilio en el que hubiera

estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. Puede prohibir que el inculpado se aproxime al menor y todo tipo de comunicación con él. El art. 65 prevé la suspensión de la patria potestad y la custodia de menores y el art. 66 la suspensión del régimen de visitas.

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tan debatida y cuestionada en la actualidad, modificó diferentes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El art. 433 LECr. prevé que la declaración de un menor se pueda hacer ante expertos, con presencia del Ministerio Fiscal, pudiendo también estar presentes quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor salvo que sean imputados. El juez puede acordar también la grabación de la declaración. En los artículos 448 y 707 LECr. se establece que los Jueces y Tribunales deberán evitar la confrontación visual del niño con el inculpado utilizando cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la declaración o del interrogatorio.

Con relación a esta cuestión se venía denunciando reiteradamente, en concreto respecto a los casos de abuso sexual, que los niños que participaban en estos procedimientos judiciales eran objeto también de un importante maltrato institucional y victimización secundaria. La última reforma del 2006 ha contribuido a mejorar la protección de los menores que participan en un procedimiento penal en el que se enjuician delitos de los que han sido víctimas o testigos.

15. Visión jurisprudencial

Cuestiones Civiles y Penales

La evolución experimentada en el ámbito legislativo tiene un fiel reflejo en los distintos órdenes jurisdiccionales.

Si nos remontamos a fechas pretéritas, en las que se consentía el **castigo físico como legítimo** deber de corrección existen muy pocas sentencias en las que se condene el maltrato, salvo que se ocasionaran graves lesiones (STS de 2 de noviembre de 1894 y 26 de noviembre de 1901)

Más recientemente son muchas las sentencias que se refieren a la **patria potestad como una función** y no como un poder absoluto.

Entre ellas, pueden citarse las SSTs de 23 de julio de 1987 (RJ 1987, 5809), 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3108), 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223), 5

de marzo de 1998 (RJ 1998, 1495) y 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5905)

Resultan ilustrativas respecto a la diversa consideración del «**ius corrigendi**», las siguientes sentencias:

La SAP de Alicante de 28 de mayo de 2001 (AC 2001, 355) entiende que la conducta del padre que da una bofetada a una niña de tres meses con la intención de castigarla porque lloraba, causándole una lesión, «no es más que el ejercicio gratuito de la violencia sobre su hija recién nacida (...) que nada tiene que ver con la facultad de corrección contemplada en el art. 154 CC». En una dirección similar se pronuncia la SAP de La Coruña de 14 de abril de 1998 (AC 1998, 2146), en la que consta que en el curso de una discusión la madre da una bofetada a su hija de diecisiete años de edad sin causarle heridas. No obstante, se la condena por una falta de maltrato de obra sin lesiones a la pena de multa de 10 días con una cuota de 200 ptas. diarias, ya que la levedad del maltrato justifica la pena pero no la falta de responsabilidad penal de la madre ya que «el derecho-deber de corrección de los padres no puede amparar ninguna clase de violencia y menos cuando la edad de los hijos es tal que convierte cualquier reacción física violenta en contraproducente». También la sentencia de la AP de Albacete de 15 de julio de 2002 considera que propinar dos cachetes en el cuello a su hija de trece años por no hacerse la cama, es una manifestación de castigo físico que rebasa los límites del derecho de corrección del art. 154 CC.

La sentencia de la AP de Córdoba (Secc. 2ª) de 9 de marzo de 2004 (PROV 2004, 126721), que resuelve sobre unas lesiones que la madre propinó a su hijo de 13 años de edad, por razón de que el menor tardó en volver a su casa cerca de tres horas, en compañía de su hermano menor, de 10 años, cuando su madre les había dejado salir solamente para comprar alpiste; en el curso de la discusión la madre, como corrección a la conducta de su hijo, agarró a éste fuertemente de los brazos, le agarró del cuello y le dio al menos una bofetada en la mejilla. A consecuencia de la agresión el menor sufrió lesiones consistentes en contusión con hematoma en mejilla derecha, erosión en región lateral derecha del cuello y erosiones en cara anterior y posterior de ambos antebrazos, de la que tardó en curar tres días. En referencia al *ius corrigendi* la sentencia señala lo siguiente: «En efecto, la necesidad del «*ius corrigendi*» puede provenir de la falta de otra alternativa o de la existencia de un riesgo que provenga de la persona contra la que la fuerza se emplea. A tal fin se distingue una necesidad «en abstracto» del uso de la violencia (necesidad que se establece con un juicio

«ex ante», según la experiencia que nos dice que en esta clase de supuestos se hace preciso el recurso a la fuerza) cuya exigencia es imprescindible para que pueda actuar aquel derecho, legitimando el acto y su necesidad «en concreto», valorable con un juicio «ex post», es decir, determinando si en el caso específico la concreta fuerza empleada era la justamente utilizable, cuya concurrencia completa la justificación. Por tanto, la discrepancia en exceso entre la necesidad en abstracto o mera necesidad y la concreta es lo que produce la falta de proporcionalidad que origina que la exigencia 7 art. 20 obre como incompleta. Dicho de otro modo, si no hay necesidad en abstracto del empleo de la fuerza decae toda la base de la exención completa o incompleta y si falta la necesidad concreta, podrá aplicarse esta última. Por lo tanto, la necesidad de la violencia en abstracto debe ser considerada como integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta al derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 CC) bien entendido que la existencia del ánimo o voluntad de corregir, como elemento subjetivo de la causa de justificación no puede faltar en ningún caso por lo que si el derecho de corrección aparece necesario y adecuado y el resultado no resulta grave, la conducta del progenitor estaría justificada. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un menor, con malas relaciones con su madre (es de destacar que es el único de los hijos que adopta tal actitud) y que desea ir a vivir con su padre, y la recurrente ante la conducta desobediente de aquél y la lógica preocupación por la tardanza en regresar al domicilio con su hermano menor de 10 años, se limitó a agarrarle por los brazos y darle unos golpes en el culo, debe considerarse, aun cuando esta Sala es consciente -de que la sociedad ha dejado de ver con buenos ojos los castigos físicos- que tal actuación es conforme con los usos sociales en las relaciones de padres e hijos y reacción adecuada a la conducta desobediente de aquél, no estimándose exceso en el derecho de corrección».

Entre las sentencias que aluden a la **privación de la patria potestad en casos de malos tratos como una medida excepcional**, pueden citarse las sentencias de la AP de Murcia (Secc. 1ª) de 27 de febrero de 1996 (AC 1996, 358), AP de Baleares (Secc. 4ª) de 17 de abril de 1998 (AC 1998, 847), AP de Castellón (Secc. 2ª) de 29 de noviembre de 2000 (PROV 2001, 159900), AP de Zaragoza (Secc. 4ª) de 5 de febrero de 2002 (AC 2002, 210), AP de Baleares (Secc. 4ª) de 9 de julio de 2002 (PROV 2002, 270663), AP de Castellón de 8 de marzo de 2003 (PROV 2003, 231241), AP de Cádiz (Secc.

2ª) de 23 de julio de 2003, AP de Almería (Secc. 3ª) de 24 de febrero de 2005 (PROV 2006, 31994), entre otras.

Las sentencias del TS de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7507), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9223), 23 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1130), 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982), 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5905), 12 de julio de 2004 (RJ 2004, 5280) y 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4139). Vid., también las sentencias de la AP de Granada (Secc. 3ª) de 10 de abril 2000 (AC 2000, 4510), AP de Castellón (Secc. 2ª) de 29 de noviembre de 2000 (PROV 2001, 159900), AP de Vizcaya (Secc. 2ª) de 28 de febrero de 2001 (PROV 2001, 184745), AP de Zaragoza (Secc. 4ª) de 5 de febrero de 2002 (AC 2002, 210), AP de Castellón (Secc. 2ª) de 8 de marzo de 2003 (PROV 2003, 231241), AP de Almería (Secc. 3ª) de 24 de febrero 2005 (PROV 2006, 31994), AP de Lugo (Secc. 1ª) de 6 de abril de 2006 (PROV 2006, 171612) y AP de Toledo (Secc. 1ª) de 19 de abril de 2006 (PROV 2006, 147347), entre otras muchas.

Respecto al **Síndrome de Alienación Parental** existe una absoluta controversia:

Sentencias contrarias al SAP; Las sentencias de la AP de Zaragoza (Secc. 5ª) de 8 de septiembre de 2005 (PROV 2005, 219999), AP de Murcia (Secc. 5ª) de 14 de febrero de 2006 (PROV 2006, 141527), AP de Segovia (Secc. 1ª) de 28 de marzo de 2006 (PROV 2006, 207347), AP de Jaén (Secc. 2ª) de 5 de junio de 2006 (PROV 2007, 27278), AP de Murcia (Secc. 1ª) de 27 de junio de 2006 (PROV 2006, 240424), AP de Asturias (Secc. 6ª) de 30 de octubre de 2006 (PROV 2007, 46223), AP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª) de 29 de noviembre de 2006 (AC 2007, 243), AP de Sevilla (Secc. 1ª) de 16 de abril de 2007 (PROV 2007, 237260), AP de Lugo (Secc. 1ª) de 27 de abril de 2007 (PROV 2007, 252972), AP de Pontevedra (Secc. 6ª) de 23 de mayo de 2007 (PROV 2007, 303826), AAP de Sevilla (Secc. 2ª) de 17 de mayo de 2007 (PROV 2008, 4378), AP de Ourense (Secc. 1ª) de 29 de mayo de 2007 (PROV 2007, 260232), AP de Barcelona (Secc. 18ª) de 19 de junio de 2007 (PROV 2007, 343311), AP de Barcelona (Secc. 2ª) de 11 de septiembre de 2007 (PROV 2007, 340179), AP de Madrid (Secc. 24ª) de 2 de noviembre de 2007 (PROV 2008, 85457) entre otras muchas

Sentencias partidarias del SAP; Las sentencias de la AP de Murcia (Secc. 1ª) de 27 de septiembre de 2006 (PROV 2006, 67787), AP de Murcia (Secc. 1ª) de 16 de octubre de 2006 (PROV 2006,

285957), AP de Asturias (Secc. 4ª) de 11 de diciembre de 2006 (PROV 2007, 66916) y AP de Soria (Secc. 1ª) de 29 de mayo de 2007 (PROV 2007, 303179), entre otras.

Cuestiones Procesales

El **Tribunal Supremo** ha pronunciado sentencias en los últimos años que han de tener una relevante importancia en el ámbito de la interpretación de las leyes procesales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2004, el menor no compareció en el juicio oral, pues recoge ideas interesantes en orden a la protección del menor y la evitación de la victimización secundaria.

Esta sentencia señala en primer término que «Los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimización o victimización secundaria, que todo proceso lleva consigo.

En esta Línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003 de 24 de diciembre) después de proclamar en el num. 2 que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley, admite en su párrafo 3 que estas actitudes se realicen a través de videoconferencia u otros sistemas similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

Más tarde cita y recoge pautas interpretativas interesantes para evitar la presencia de ciertos menores en los juicios orales.

«Como indica la STS núm. 53/96, de 30 de enero, rec. 564/95 en un supuesto en que el menor, víctima también de agresión sexual, tenía unos 7 años de edad, había declarado en el sumario y el Ministerio Fiscal había solicitado que se ratificara en la Vista « no se discute la validez de los testigos de referencia pero su inclusión entre el material probatorio hay que realizarla con cautela y siempre a expensas de que su testimonio pueda y deba ser con-

trastado con el testigo directo cuando su presencia, como sucede en el caso presente, es perfectamente factible a nada que se hubieran tenido en cuenta las peticiones del Ministerio Fiscal suficientemente conocidas por la Sala sentenciadora».

La STS num. 429/02, de 8 de marzo, con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio la STS num. 1229/02, de 1 de Julio, en que las dos víctimas tenían 6 y 4 años, expusieron que el hecho de que una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales.

Ello no obstante, la doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituye excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial».

Y en la sentencia núm 429/2002 claramente se hacía hincapié en que la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

En la persecución de aquel equilibrio de los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por la que, en su caso, los han considerado dignos de crédito.

En igual sentido se pueden citar la sentencia de 12 de Abril de 2005 en la que el Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de Cantabria de 17 de noviembre de 2003 que había denegado la práctica de la exploración de una menor de unos dos años y siete meses en el momento de comisión de los hechos. La Audiencia había rechazado la prueba por el perjuicio psíquico que pueda originar en la niña la exploración durante el juicio aunque se viera mitigado a través de la videoconferencia, por la escasa eficacia de la aportación directa de datos por la niña, en razón a sus capacidades de memoria en el momento de la producción del hecho y, en fin por la conveniencia de sustituir aquella directa aportación por la valoración que realizarán los expertos acerca de la credibilidad sobre las aportaciones previas de datos por la niña.

De esta doctrina reseñada y recogida sustancialmente se puede concluir que el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina en la que se permite, por vía del art.730 LECr, que el menor no deponga en el juicio oral, debiendo el órgano sentenciador ponderar, por un lado, los derechos fundamentales del acusado y, por otro la protección de los derechos del menor, que puede ver perjudicado su desarrollo personal por la reacción desencadenada por la citación al juicio, su presencia en el plenario y las consecuencias de su nueva declaración de modo que se produce una cierta equipación entre la imposibilidad legal y la imposibilidad material de declaración.

Para estos casos, se podría utilizar la previsión contemplada en el art. 777.2 LCRr, en la redacción dada por la Ley 38/2002 sobre la práctica de la prueba preconstituida. Esta norma está pensada principalmente para el testigo extranjero con dificultades para comparecer en el juicio pero, al eludirse a su posible utilización si por «otro motivo» puede temerse razonablemente que una prueba personal no pueda practicarse en el juicio oral o pudiera motivar su suspensión, podría interpretarse extensivamente con cierta cautela para los casos de menores, probablemente los niños mas pequeños, en que los informes técnicos señalen la improcedencia de la comparencia en el juicio oral por el perjuicio que le puede causar al menor, de modo que se preconstituye una declaración a lo largo del proceso, como se viene repetidamente para evitar la victimización secundaria.

Jurisprudencia reciente del **Tribunal Constitucional**. En primer lugar, el derecho del menor a ser oído en todo proceso (cualquiera que sea el orden jurisdiccional), en el que estimó que se incluye el derecho del menor a la defensa de sus derechos, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional hasta el punto que puede llegar a suponer la nulidad de un proceso.

Así la STC Sala 1ª, S 6-6 2005, Nº. 152/2005, rec. 1966/2004 señala, en lo que nos interesa, «Nos encontramos un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolver el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el Art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por

Instrumento de 30 noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor) La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico, 5».

En igual sentido la STC 17/2006, de 30 de enero de 2006 (BOE 1 de marzo de 2006). Esta sentencia del Tribunal Constitucional analiza un interesante problema sobre la participación de las personas en la exploración de los menores.

La Audiencia Provincial acordó en este caso la exploración de unas menores para conocer su opinión sobre la conveniencia de atribuir su guarda y custodia a uno de los progenitores (lo que podría ocurrir en el curso de ciertos procesos penales, ex art. 544 ter LECr. o conforme al art. 158 CC); esa exploración tuvo lugar a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal, no permitiéndose la intervención del representante del Ministerio Fiscal. Éste presentó un escrito al día siguiente ante el Tribunal alegando lesión del art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión) por haberse negado la intervención en la exploración de las menores y solicitando la nulidad de dicha diligencia para que se practicase de nuevo con su presencia e intervención en la misma. La audiencia niega la nulidad y el Ministerio Fiscal presenta recurso de amparo ante el TC.

Pues bien, el Tribunal Constitucional declara que se ha de preservar la intimidad del menor (art. 9.1. LO Protección Jurídica del Menor) En ese sentido, entiendo que no sólo habría de reservarse un espacio físico adecuado, sino que se debería informar al menor de la posibilidad de no contestar ciertas preguntas que puedan afectar a su intimidad, a pensar de que pueda ser un testigo.

Sin embargo, entiendo el TC que la exclusión de publicidad no afecta al Ministerio Fiscal que interviene en el proceso de manera imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1. Estatuto orgánico de MF) y vela por los derechos de los menores afectados y la primacía del interés del menor.

Su intervención va encaminada a que pueda oír e interrogar a los menores, para conocer y expresar con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar e interesar, en su caso, la adopción por el tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

Tal vez por esta resolución, el legislador impone en el art. 433 LECr la presencia del Fiscal en la declaración de cualquier menor.

El **Tribunal de la Justicia de la Comunidad Europea**, en la Sentencia de 16 de junio de 2005 n. C-105/2003, en el llamado caso «Pupino», después de valorar las disposiciones de los artículos 2,3 y 8 de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 (Decisión marco 2001/220/ JAI del Consejo), sobre el Estatuto de la Víctima, en respuesta a una cuestión prejudicial relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, declara que la norma comunitaria aplicable debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta, estando el órgano jurisdiccional nacional obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco.

Ahora también señala que la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que destaca, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También señala que la « la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba prevista en el Derecho de un Estado miembro y las y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública».

Esta sentencia del Tribunal de Justicia puede ser un elemento importante de interpretación de los preceptos de la LECr que ha modificado la Ley Orgánica 8/2006, antes mencionada, permitiendo una sólo declaración en la fase de instrucción, cumpliendo los principios de inmediación y contradicción que pueda ser reproducida en el juicio oral conforme al art. 730 LECr, sin necesidad de que comparezca el menor especialmente si éste es de corta edad.

En igual sentido, avalando la aplicación de este precepto se puede mencionar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de Julio de 2002, caso S.N contra Suecia.

Así, entendió que no hubo una violación de los artículos 6.1 y 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, teniendo en cuenta cómo se había desarrollado la toma de declaración del menor en las dos ocasiones y como su testimonio fue traído al juicio oral.

Concretamente se trataba de un niño de 10 años al que se le tomó una primera declaración por parte de la Policía, que se grabó en vídeo, estando presentes en una sala adyacente los padres y un representante de del Consejo Social y posteriormente una segunda, una vez que el presunto autor tenía ya designado abogado, en casa del menor, en presencia de los padres, por el mismo inspector que realizó la anterior, grabándose en una cinta de audio y habiendo

concretado el abogado del denunciado y el inspector los aspectos del caso que era necesario tratar en el interrogatorio siéndole entregada al abogado una copia de la cinta de audio. El autor fue condenado, tras presenciarse en el juicio el vídeo y escucharse la cinta que recogía la segunda declaración, sin que se solicitara la presencia del menor en la vista oral.

16. Cifras de los delitos contra los menores

Los delitos más frecuentes son los malos tratos y a continuación los casos de abuso sexual, afectando mucho más a las niñas que a los niños, especialmente en la adolescencia. Por edades, el abuso sexual tiene mayor incidencia en los menores de 13 años, mientras que en los adolescentes de 16-17 años hay más malos tratos y lesiones.

TABLA 5.
Victimas de violencia en el ámbito familiar a nivel nacional. 2006

Delito	Menor de 13 años			De 13 a 16 años			De 16 a 17 años			Total		
	Mujer	Varón	Total	Mujer	Varón	Total	Mujer	Varón	Total	Mujer	Varón	Total
Lesiones	51	73	124	49	33	82	117	30	147	217	136	353
Mutilación Genital Femenina	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	1	1
Malos tratos ámbito familiar	465	401	866	459	220	679	821	172	993	1.745	793	2.538
Total delitos personas	516	474	990	508	253	761	938	203	1.141	1.962	930	2.892
Detención ilegal	5	4	9	6	2	8	8	0	8	19	6	25
Secuestro	5	2	7	0	0	0	1	0	1	6	2	8
Amenazas	15	8	23	16	9	25	46	3	49	77	20	97
Coacciones	5	0	5	2	0	2	2	2	4	9	2	11
Trato degradante	4	4	8	3	2	5	3	1	4	10	7	17
Malos tratos habituales	93	78	171	74	45	119	142	36	178	309	159	468
Allanamiento de morada	1	0	1	1	0	1	1	0	1	3	0	3
Total delitos libertad	128	96	224	102	58	160	203	42	245	433	196	629
Agresión sexual	43	5	48	31	2	33	10	1	11	84	8	92
Agresión sexual con penetración	17	8	25	36	3	39	30	0	30	83	11	94
Abuso sexual	147	38	185	59	5	64	29	2	31	235	45	280
Abuso sexual con penetración	24	2	26	11	0	11	6	0	6	41	2	43
Corrupción de menores	3	0	3	2	2	4	4	1	5	9	3	12
Coacción/lucro sobre prostitución	1	1	2	0	0	0	3	0	3	4	1	5
Total delitos libertad e Indemnidad sexual	235	54	289	139	12	151	82	4	86	456	70	526
Sustracción de menores	102	82	184	8	9	17	3	1	4	113	92	205
Calumnias	1	0	1	0	0	0	1	1	2	2	1	3
Injurias	1	0	1	0	0	0	1	1	2	2	1	3
Total resto delitos	104	82	186	8	9	17	5	3	8	117	94	211
TOTAL DELITOS	983	706	1.689	757	332	1.089	1.228	252	1.480	2.968	1.290	4.258

17. La intervención judicial

La Ley 21/1987 y la Ley Orgánica 4/1992 son las que han introducido cambios más sustanciales en toda la filosofía de intervención con los menores al generalizar el interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con la minoría de edad, tanto administrativas como judiciales según el cual *cualquier actuación que se realice con un menor no debe interferir su vida, escolar, social o laboral*, es decir su proceso evolutivo y de integración en el mundo que le rodea, sino debe ir dirigido precisamente a promocionar a este.

Como ya se ha señalado, en las situaciones de riesgo y desamparo el protagonismo lo tiene la instancia administrativa. No obstante, en las situaciones de desamparo cuando su origen está en actuaciones ilícitas delictivas de los adultos o de otros menores intervendrá la autoridad judicial, pudiendo ordenar el Juez a la Comisión de Tutela del Menor y otros organismos o entidades que adopten las medidas de protección oportunas.

En el orden civil, a los Juzgados de Primera instancia (o de Familia) les corresponde resolver, en primera instancia, sobre las **demandas de separación, divorcio y alimentos** con amparo en lo previsto en el artículo 142 del Código Civil, y todos tramites de nulidad, separación y divorcio. Ninguno de estos procesos presuponen por sí solo maltrato para los menores, pero dado lo delicado de los intereses en juego, con frecuencia profesionales de la salud mental, como psicólogos asisten a los Jueces de Primera Instancia y de Familia, en orden a proporcionarles información, diagnósticos y pronósticos sobre las cuestiones objeto de litigio y salvaguarda del interés de los menores.

En segunda instancia en éste Orden Jurisdiccional se conocen los recursos que se formulan contra las resoluciones administrativas que aprecian el desamparo y declaran **la asunción de tutela** por ministerio de la Ley a favor de las Comunidades Autónomas, tal y como dispone el artículo 172.6 del Código Civil.

Además en cualquier proceso civil, pueden adoptarse las medidas de protección para los menores que se contemplan en el artículo 158 del Código Civil, cuales son las medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos a los hijos, las disposiciones apropiadas para evitar a los hijos perturbaciones en casos de cambios de titular de la **patria potestad o la guarda**, y todas las que se consideren oportunas para apartar al menor de peligros o evitarle perjuicios.

En el orden penal, el Juez de instrucción, puede autorizar la entrada en domicilios o lugares cerrados contra el consentimiento de su Titular para la ejecución forzosa de actos de la Administración. También puede adoptar en beneficio del menor, en la investigación de cualquier delito o falta en el que el menor sea el sujeto pasivo del mismo cualquiera de las medidas del artículo 158 del Código civil a las que se ha hecho referencia. Precisamente la cláusula general que se recoge en el número 3 del precepto es coherente con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ampara las actuaciones de prevención del Juez de instrucción. También, procede que en determinados casos, el Juez de Instrucción interese la elaboración de informes técnicos del Médico Forense para conocer la verosimilitud y certeza de determinadas imputaciones de las víctimas de estos delitos, y el grado de imputabilidad de los sujetos activos de los mismos, además de los informes para la valoración de los daños psicológicos y del maltrato habitual en los sujetos pasivos del delito.

En el caso de las víctimas de los delitos es frecuente que la atención psicoterapéutica tenga que llevarse a cabo como complemento al procedimiento judicial, e incluso para ayudarle a la comprensión del mismo. Ello permite afirmar que la salud mental que se ve comprometida como consecuencia de situaciones que requieren de la intervención judicial con frecuencia no encuentra solución por la sola actuación judicial, sino que precisa del complemento de los profesionales de aquella área.

Esto que se predica con relación al sujeto pasivo del delito, igualmente puede aplicarse al sujeto activo de los mismos, ya que determinadas conductas tienen que ver con patologías que también precisan de atención específica de profesionales de la salud mental.

En esta línea están las medidas de tratamiento ambulatorio que diseña en artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, a lo que se une en ese ámbito también la participación de los profesionales de la salud mental en la etapa de instrucción de los procedimientos de menores como un elemento configurador de aquellos procesos.

Los Juzgados de Menores tienen competencia en el enjuiciamiento y fallo de los delitos y faltas cometidos por menores entre 12 y 16 años y en el enjuiciamiento y fallo de faltas cometidos por padres, tutores o guardadores

El personal sanitario, es en muchos casos, el encargado de comunicar al juez los hechos a través del correspondiente parte de lesiones. De este

modo, una vez adoptadas las medidas sanitarias y recabada la asistencia necesaria del trabajador social, extenderá un parte médico y aportará cuanta información complementaria pueda ser de interés,

dando curso a aquellos documentos remitiéndolos a la autoridad administrativa o judicial o incluso como se ha señalado a la Justicia de Menores y al Ministerio Fiscal.

Parte de lesiones en casos de maltrato infantil

PARTE DE LESIONES	
Centro de trabajo _____	
Dirección _____	
Teléfono _____	
D. _____	Colegiado Nº _____ con actividad profesional
en _____ comunica a V.I. que siendo las _____ horas del día _____ mes _____ año _____	
ha asistido a _____ nacido el día _____, natural de _____	
y vecino de _____, C/ _____ Nº _____ Piso _____ Tfno.: _____.	
Acude en compañía de _____ con domicilio en _____	
_____ con D.N.I. _____ Tfno: _____ quien dice ser su _____	
Tras el reconocimiento practicado se han apreciado las siguientes lesiones _____	

El origen de las lesiones, referido por el menor / acompañante es _____	
_____ siendo / no siendo compatible con las lesiones observadas.	
SI / NO / SE DESCONOCE la existencia de antecedentes del mismo tipo en su historial clínico	
Observaciones _____	
Lo que comunico a V.I. a los efectos oportunos _____	
_____ a _____ de _____ 199 _____	
Fmdº: _____	
ILMO. SR. MAGISTRADO JUEZ DE INSTRUCCION DE GUARDIA	

En caso de duda y recabada la información necesaria, la remisión a la Justicia Ordinaria será la solución adecuada, toda vez que el Juez de Guardia es competente para recibir la información y darle el curso correspondiente discriminado, previa investigación en su caso, la entidad jurídica del asunto en defensa de los intereses del menor.

18. Papel del Ministerio Fiscal

La Ley 21/87 que modificó el código civil, la protección de menores descansa en las «entidades públicas de protección de menores» de cada Comunidad Autónoma, por traspaso del Estado de estas competencias (en Madrid, residen en la Comisión de Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Consejería da Salud y Servicios Sociales), que las ejercen bajo la «superior vigilancia del Ministerio Fiscal» en redacción del art. 174 del código civil.

El Fiscal según el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico tiene atribuida la función de «asumir o en su caso promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la promoción y defensa de menores y desvalidos».

Dentro de cada Fiscalía de cada provincia española existe una Fiscalía de Menores, que tiene, entre otras, atribuidas por ley la defensa de los derechos de los menores desde:

La necesaria **intervención legal** de los Fiscales en los procesos penales por maltrato a menores, o en los que pueda derivarse riesgo para los menores y en los procesos civiles del derecho de familia (patria potestad, tutela, guarda, acogimiento, adopción, separación, divorcio o nulidad en la que existan niños

menores) hacen del Fiscal que sea una pieza fundamental en la intervención contra el maltrato, pues el Fiscal puede instar ante los Órganos Judiciales que se adopten medidas de protección de los menores (art. 13 Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 158 del Código Civil) e incluso instar la privación de patria potestad o la extinción de la tutela o guarda del menor. Para el ejercicio de esta competencia el Fiscal puede ejercer delante de los tribunales civiles y penales las acciones necesarias para la protección de los menores, así como para la defensa de sus intereses. También podrá solicitar la intervención de la Comisión de Tutela del Menor y otros organismos y entidades con la finalidad de que se realicen las medidas adecuadas para la protección de los menores.

La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores, les ha atribuido también la **función de instruir** (dirigir la investigación y recogida de las fuentes de prueba) los expedientes por infracciones penales cometidas por los menores de edad comprendidos entre los 14 y los 18 años, así como la de solicitar la imposición de las medidas procedentes en cada caso, garantizando siempre el ejercicio de sus derechos por parte de los menores. Artículo 6 *«corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, para lo cual le encarga la dirección personal de la investigación de los hechos para la comprobación de aquellos y de la participación del menor.»*

El Fiscal tiene entre sus **funciones de vigilancia** de los menores sujetos a medidas de protección y las de representar a los menores y desvalidos, siendo el órgano del Estado para actuar tanto en el proceso de toma de decisión para instar la actuación judicial como en la ejecución de dicha decisión en los procesos de intervención frente a situaciones de maltrato.

En el ámbito sanitario, la comunicación al Fiscal de los hechos apreciados por el facultativo resulta fundamental, ya que se convierte en el mejor garante de los derechos del menor permitiendo elegir la opción más adecuada a su interés, es decir, la acción penal si se dan los requisitos para ello, o una acción de protección de derechos fundamentales, o la acción de protección, o la adopción de medidas cautelares específicas para la solución del caso planteado.

Cuando un menor se encuentre en situación de riesgo o desamparo a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección para su guarda o quede privado de la necesaria asistencia moral o material, la Entidad Pública del respectivo territorio tendrá por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda,

poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, ya se haya producido esa situación como consecuencia de un maltrato físico o psíquico al menor o por cualquier otra circunstancia diferente.

La Ley Orgánica 1/96, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor dice que la protección del menor mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo se realizará por los poderes públicos con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

Es por tanto a las Entidades Públicas de las diferentes Comunidades Autónomas a quienes corresponde la competencia en materia de protección de menores.

Al Fiscal, en este ámbito le incumbe la superior vigilancia de la función protectora desarrollada por la Entidad Pública.

La atribución de un **fuero especial a los menores**, al modo de lo previsto en los artículos 412 y 413 durante la instrucción y 702 y 703 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal durante la fase de juicio oral, para determinadas autoridades, de forma que los menores puedan declarar en su domicilio, o por escrito incluso efectuado por el secretario judicial que transcriba las manifestaciones del menor en su domicilio o lugar adecuado, y con el asesoramiento técnico que precise.

A este respecto, en el ámbito de la Fiscalía General del Estado, y por tanto de la actuación de los Fiscales, en relación a aspectos que estamos tratando, en primer lugar se puede citar la instrucción 8/2005 de 26 de julio sobre el deber de información en la tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal. En esta se insta al Ministerio Público a que se despliegue actividades precisas para establecer Protocolos de actuación con las distintas administraciones «a fin de plasmar las directrices, las pautas de conducta, que han de tener en cuenta todos aquellos que, por razón de su tarea, se encuentren ante hechos delictivos cuyas víctimas requieren de un especial tratamiento por su vulnerabilidad, con remisión de la Fiscalía General del Estado para su aprobación».

Igualmente establece que «Cuando la víctima sea un menor de edad y se trate de hechos de trascendencia hacia la opinión pública, cuidaran los Sres. Fiscales de protección de su imagen en intimidad, estableciendo si fuera preciso la necesaria comunicación con los Fiscales de la Sección Civil, a los efectos pertinentes».

Igualmente es de resaltar la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los

menores, tras recalcar que la «necesidad de preservar la identidad de la víctima se intensifica cuando la misma es menor de edad» y señala que las informaciones sobre los menores «pueden originar devastadores efectos en la evolución de las víctimas multiplicando los daños generados por los hechos en sí» advierte a los miembros del Ministerio Público que «Especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. Habrán de considerarse en estos supuestos antijurídicos no sólo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su información» citando varias resoluciones que apoyan esta consideración (SSTC n.º. 127/2003, de 30 de Junio y n.º. 185/2002 de 14 de octubre SAP Madrid, sec. 25. n.º. 90/2004 de 17 de febrero y SAP Madrid, sec 10º n.º..1095/2004. de 30 de noviembre, SAP Oviedo, sec 1º de 9 de febrero de 1995).

19. El defensor del menor

El modelo básico sobre el cual se constituyen tanto el Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, como el Defensor del Pueblo y demás Comisionados Parlamentarios autonómicos, se asienta en la noción o concepto jurídico denominado *ombudsman*.

La justificación que el propio Legislador autonómico ha mantenido para la creación de esta novedosa institución descansa en la necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica al desarrollo de los intereses y participación social de las personas menores de edad. Necesidad que, desde la aprobación en 1989 por las Naciones Unidas del texto de la Convención de Derechos del Niño, ha sido señalada por distintos núcleos doctrinales y profesionales, concretándola principalmente en la importancia de buscar y articular garantías para el real y efectivo ejercicio de los derechos reconocidos a la Infancia.

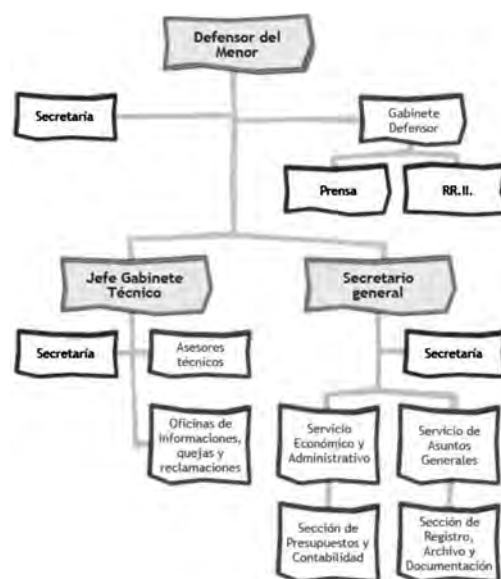
El Defensor del Menor es el Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid para salvaguardar y promover los derechos de las personas menores de edad de la Comunidad de Madrid. Su creación, ya prevista en la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid (Ley 6/1995, de 28 de marzo), se concretó jurídicamente en la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. La norma establece, en 6 Títulos y disposiciones

adicionales, el Estatuto Jurídico del Defensor del Menor, el procedimiento de actuación de la Institución, las Resoluciones que puede emitir, las acciones de prevención y orientación, los Informes a la Asamblea de Madrid y la Organización.

Las competencias que la Ley atribuye al Defensor del Menor son las siguientes:

- Supervisar la acción de las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid y de cuantas entidades privadas presten servicios a la infancia y la adolescencia con el fin de salvaguardar sus derechos e intereses.
- Recibir y tramitar las quejas que presente cualquier ciudadano sobre situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los niños.
- Proponer reformas de procedimientos, reglamentos o leyes que hagan más eficaz la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.
- Divulgar los derechos de la infancia y la adolescencia.
- Desarrollar acciones que le permitan conocer las condiciones en que los menores ejercen sus derechos, los adultos los respetan y la comunidad los conoce.

En ningún caso el Defensor del Menor podrá intervenir en el procedimiento de casos individuales cuya solución esté encomendada a órganos jurisdiccionales, ni en casos que requieran medidas de protección reguladas en la legislación civil y cuya competencia esté atribuida a las Administraciones Públicas.



El Defensor del Menor es elegido por el Pleno de la Asamblea de Madrid por un período de 5 años y no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibe instrucciones de ninguna Autoridad y desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio. Gozará de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, incluso después de haber cesado en su cargo.

El Título Quinto de la Ley del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid da cuenta de la obligatoriedad de presentar una vez al año, ante la Asamblea de Madrid, el Informe Anual de actuaciones del Defensor del Menor.

20. Conclusiones

- El avance que se ha producido en la protección de los menores y en la atención al maltrato infantil en los últimos 50 años en España y más concretamente en la Comunidad de Madrid, es innegable. Las Declaraciones Internacionales de Derechos, los cambios legislativos resaltando el interés superior del menor, los Programas de Atención al Maltrato Infantil desde los distintos ámbitos, la evolución de las medidas sociales protectoras (tutela, guarda, acogimiento familiar y residencial), han contribuido a que podamos afirmar que hoy en día nuestros menores se encuentran, a este respecto, en una posición mucho más segura que la que tenían, por ejemplo, en los años 60.
- A pesar de todo, rara es la semana que no aparece en los medios de comunicación algún caso de maltrato infantil en cualquiera de sus formas, lesiones graves, homicidios, abandonos, abusos sexuales. Estos casos son los más llamativos e importantes pero son muchísimos más los que no trascienden a los medios. El maltrato infantil continúa constituyendo uno de los fenómenos psicosociales de mayor impacto sobre la salud de la población infantil siendo causa de graves trastornos en el desarrollo integral del menor. Por esta razón, tenemos que ser conscientes de la gran importancia que tienen las actuaciones que disminuyan este riesgo.
- Hay que destacar la importancia de la **detección y el diagnóstico** del maltrato infantil. Cada año se vienen detectando un mayor número de casos, pero este dato al tratarse de una patología «invisible», en el que se considera que más de un 80% de los casos permanecen ocultos en la intimidad familiar, hay que considerarlo positivo. La detección y registro de los casos, a través de las **Hojas de Notificación**, resulta fundamental para la posterior intervención y sobre todo para la prevención. El conocimiento de la etiología del problema, saber porqué se genera esta violencia es la mejor garantía para reducir al máximo su incidencia. Por esta razón, es muy importante que todo el mundo notifique, se trata de una cuestión ética, hay que acabar con el miedo a notificar y hay que registrar todos los datos centralizadamente. En el ámbito sanitario se ha avanzado sensiblemente pero en otros ámbitos como el educativo y en los propios servicios sociales queda mucho camino por recorrer. Los profesores, los trabajadores sociales y los propios ciudadanos de pueblos o pequeñas localidades, lo tienen más difícil a la hora de denunciar debido al temor por posibles represalias de los denunciados. En el ámbito hospitalario donde el uso de las hojas de notificación y de los partes de lesiones se encuentran muy extendidos y perfectamente protocolizados la situación también es mejorable ya que a veces, se producen problemas de descoordinación, existiendo partes de lesiones sin hojas de notificación y algunos facultativos que por evitar la posible citación judicial dejan de comunicar algunos casos sobre los que existe una evidente sospecha.
- Una vez que hemos conseguido sistemas de protección jurídicos y sociosanitarios muy avanzados, al menos sobre el papel, tenemos que hacer hincapié en la importancia que en este tema tiene el **trabajo en equipo**. Como se mencionaba al principio de esta exposición se trata de una patología multifactorial que requiere de un tratamiento multidisciplinar. Hay que conseguir un cambio de cultura pasando de la figura paternalista del médico a la del equipo de profesionales en el que todos son igual de importantes (médicos, enfermeras, trabajadores sociales, jueces, fiscales, profesores, policía) evitando la descoordinación. Lo importante es avanzar y conocer experiencias de unos y de otros. Sería también importante incluir en la formación de todos estos profesionales del campo de la atención a la infancia, la formación en la atención al maltrato infantil.
- En este mismo sentido, profundizando en la descoordinación, hay que llamar la atención sobre uno de los puntos débiles del sistema que es el **seguimiento de los casos**. He constatado que, en algunas ocasiones, se notifican casos, con sospecha de maltrato físico o de abandono en las urgencias a los que se cita para la consulta de Pediatría Social, que no acuden a la misma, o casos más graves incluso judicializados en los que no se han llegado a tomar las medidas protectoras adecuadas y con el tiempo han quedado en el olvido.

- Las buenas prácticas con la infancia se resumen en que a los menores se les trate de modo que se perciban como sujetos, no como objetos. El afecto, la comunicación, el adecuado establecimiento de normas, la correcta aplicación de la disciplina, la supervisión de sus actividades, son fundamentales para garantizar el adecuado desarrollo de los niños. Se está avanzando en las actuaciones hacia el **buen trato** a la infancia a todos los niveles y desde todas las áreas, sin embargo hay que potenciar mayores esfuerzos en **la prevención**.
- Últimamente existe una tendencia a incluir al maltrato infantil dentro del contexto de la **violencia doméstica**. Esta situación conlleva aspectos positivos y negativos. Por un lado, al ser la violencia contra la mujer uno de los problemas que mayor alarma social ha generado en nuestro país, se está produciendo un fenómeno de visibilización, y una concienciación colectiva acerca de la necesidad de acabar con la lacra de la violencia intrafamiliar, que ha permanecido oculta desde la antigüedad. Esta sensibilización se ha traducido en iniciativas legislativas, que han significado avances importantes en las normas civiles, penales y procesales que afectan, también, a los menores. Pero, por otro lado, se deja en un segundo plano a los niños, que junto con los ancianos y los discapacitados son los miembros más vulnerables de la estructura familiar. No hay que olvidar que en la mayoría de los casos en los que aparece la violencia machista se produce también maltrato infantil, cuando menos, de tipo emocional o psicológico. Hemos de **acabar con la invisibilidad** de los niños.
- Aspectos que no hay que descuidar y a los que hay que prestar una mayor atención son el **maltrato emocional y el maltrato institucional**. En cuanto al primero, está adquiriendo gran relevancia unido a las separaciones matrimoniales. Es desgraciadamente cada vez más frecuente que los miembros de la pareja utilicen a los hijos como arma arrojadiza contra el otro cónyuge. El síndrome de alienación parental es una realidad que ocasiona unos daños psíquicos a los menores difíciles de superar. El maltrato institucional, tristemente de actualidad en nuestra Comunidad por los malos tratos denunciados recientemente por antiguos internos de uno de los Centros de Acogida, es una de las perversiones del sistema que hay que evitar a toda costa. De nada sirve tener un completo sistema de protección, si los que tienen que cuidar del bienestar del menor se convierten también en maltratadores.
- Aunque se ha avanzado mucho en nuestro ordenamiento jurídico en la **protección de los dere-**

chos del menor víctima, queda todavía mucho camino por recorrer. A modo de ejemplo citar la necesidad de dotar a las dependencias policiales y judiciales de espacios y personal adecuados para tratar con los niños, o la necesidad de reformar el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que la declaración que hacen los menores en la fase de instrucción, sea considerada como regla general como prueba preconstituida, evitando que tengan que volver a declarar sobre los mismos hechos en el juicio oral, y evitando al fin y al cabo, la **revictimización**.

- No hay que olvidar, a pesar de estar al margen del objeto de este trabajo, situaciones novedosas que están adquiriendo gran relevancia social y mediática como el *bulling* (acoso escolar, maltrato entre iguales), el *ciberbulling* (acoso a través de Internet, redes sociales y nuevas tecnologías), las tribus urbanas y sobre todo la problemática de los menores delincuentes o los menores violentos.
- Podemos terminar con las palabras que dijo el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en una reciente comparecencia ante la Asamblea **«El trato que demos a nuestra infancia es el cuidado que dispensamos a nuestro porvenir. Nuestros menores, ahora, son, precisamente, la expectativa de nuestro futuro.»**

21. Bibliografía

- Casado, J. Enfermedades infantiles de origen social. *Infancia y Sociedad* (5), 1990.pp. 68-75.
- Kempe, CH., Silverman, F., Steele, B., Droguemuller, N., Silver, H. (1962). The battered child syndrome. *Jama* (181), pp. 17-24.
- Casado J, Díaz-Huertas JA, Esteban J, García E, Ruiz Díaz MA. Actuaciones frente a los malos tratos. El papel del pediatra. *Pediatría*. Vol 52, nº 6. Abril 2000.
- Díaz Huertas JA, Casado Flores J, García E, Ruiz Díaz MA, Esteban Gómez J. Maltrato infantil. Registro de casos detectados desde el ámbito sanitario en la Comunidad de Madrid. *Bol Epidemiol Comunidad de Madrid* 2001; 12(7): p. 30-40.
- Arredondo Díaz JM, Andréu Nicuesa C, Baena Pinilla S Maltrato Infantil. En: Aso Escario J, Martínez-Quiónoz JV, Arregui Calvo R, Aspectos Médico-Legales en *Pediatría* Vol.2. Madrid: Asociación Española de Pediatría; 2006. p. 15- 43.
- Díaz Huertas JA, Blázquez Mayoral JJ, Esteban Gómez J. Maltrato Infantil: Situación actual y perspectivas. Madrid: Instituto Madrileño del Menor y la Familia. 2008.
- Aguinaga, J. y Comas, D. Infancia y adolescencia: la mirada de los adultos. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales; 1991.

- Asociación Pro Derechos Humanos. Malos tratos al menor, socialmente aceptados. Documentación Social (59). Madrid: Cáritas Española; 1985, abril. pp. 9-26.
- Diario *El País*, suplemento semanal. Exposición la Huella del Maltrato. Madrid. 18 de mayo de 2008.
- Flórez Lozano, J.A. El problema psicológico del niño maltratado. *Epheta* (26), 1983., pp. 1-42.
- Gómez-Bengoechea, B., Violencia Intrafamiliar: Hacia unas relaciones familiares sin violencia. Madrid. Universidad Pontificia Comillas. 2009.
- Díaz Huertas JA, Casado Flores J, García E, Ruiz Díaz MA, Esteban Gómez J. Maltrato infantil. Atención al niño en riesgo biopsicosocial desde el ámbito sanitario. Madrid: Instituto Madrileño del Menor y la Familia. 2004.
- Díaz Huertas JA, Casado Flores J, García E, Ruiz Díaz MA, Esteban Gómez J. Atención al maltrato infantil desde los Servicios Sociales. Madrid: Instituto Madrileño del Menor y la Familia. 2002.
- Flórez Lozano, J.A. y al. Repercusiones del alcoholismo de los padres en el niño. *M.D.P. Monografías de Pediatría* (51), pp. 37-49. 1988, mayo.
- Herbert, M. *Los problemas de los niños. Guía práctica para prevenirlos y tratarlos*. Barcelona: Planeta. 1986.
- Kempe, RS, Kempe, CH. Niños maltratados. Madrid: Morata; 1979
- Martín Alvarez, L. *Los accidentes infantiles en el domicilio*. Madrid: Cuadernos de Fundesco, pp. 20-27. 1982.
- Martín, S., Coy, A. y Benito, F. *Protección psicológica del menor en los procesos de separación y/o divorcio*. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional Infancia y Sociedad. *Ponencias y Comunicaciones* (v. 2). Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 697-705. 1989, noviembre 20.
- Martínez Roig, A. y Domingo, F. La prevención de los malos tratos desde el campo sanitario. *Infancia y Sociedad* (2), pp. 32-45. 1990.
- Milner, J.S. Características familiares y del perpetrador en los casos de maltrato físico y abuso sexual infantil. *Infancia y Sociedad* (2), pp. 6-14. 1990.
- Noguerol, V. y Madina, J. *El abuso sexual infantil. Experiencias desde una práctica clínica*. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional Infancia y Sociedad. *Ponencias y Comunicaciones* (v. 2). Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 447-459. 1989, noviembre 20.
- Paul, J. de y col. *Maltrato y abandono infantil: Identificación de factores de riesgo*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. 1988.
- Paul, J. de y Arraubarrena, M.I. La investigación en el ámbito del maltrato infantil. *Infancia y Sociedad* (2), pp. 16-29. 1990.
- Pedreira, J.L. y otros. De cuando los niños sufren, del cómo sufren los niños y de lo fácil que resulta a los adultos no creerlo. *Infancia y Sociedad* (5), pp. 24-37. 1990, septiembre
- Querol, X. El niño maltratado. Barcelona: Editorial Pediátrica. 1990
- Díaz Huertas JA, Casado Flores J, García E, Ruiz Díaz MA, Esteban Gómez J. Niños maltratados. El papel del pediatra. *An. Esp. Pediatr.* 2000; **52**: 548-553.
- Rodríguez, P. *Qué hacemos mal con nuestros hijos* (El drama del menor en España). Barcelona: Ediciones B; 1993.
- Arredondo Díaz JM, Andrés Nicuesa C, Baena Pinilla S Maltrato Infantil. En: Aso Escario J, Martínez-Quiñónez JV, Arregui Calvo R, Aspectos Médico-Legales en Pediatría Vol.2. Madrid: Asociación Española de Pediatría; 2006. p. 15- 43.
- Pou i Fernández J. Maltrato Infantil. Actuación en Urgencias. En: Asociación Española de Pediatría (ed). *Protocolos diagnósticos y terapéuticos en Pediatría*. Reumatología. Urgencias. 2002, p. 109-115.
- Sánchez Etxaniz J. El niño maltratado. En: Benito J, Luaces C, Mintegui S, Pou J eds. *Tratado de Urgencias de Pediatría*. 1ª ed. Madrid: Ergon; 2005. p. 760-71.
- Barranco MC., García Ferrer JJ.. Reconocimiento y protección de los derechos de los Niños. Madrid: Instituto Madrileño del Menor y la Familia. 2006.
- Ludwig S. Child abuse. En Fleisher G, Ludwig S, Heuretig F, Ruddy RM and Silverman B (eds). *Textbook of pediatric emergency medicine* 5ª ed. Philadelphia: Lippincott, Williams and Wilkins; 2005.p. 1761-1801.
- Ureña Martínez M. Conflictos, Rupturas y Negociaciones en Crisis Familiares, Malos tratos a menores en el ámbito familiar. Cuadernos de Aranzadi Civil num. 33/2008 (Estudios). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.

Páginas web consultadas

- <http://www.madrid.org>
- <http://www.defensordelmenor.org>
- <http://www.fapmi.es>
- <http://www.savedechildren.es>
- <http://www.poderjudicial.es>
- <http://www.westlaw.es>
- <http://www.tirantonline.com>

Donación de órganos por fallecidos ¿Virtud solidaria?, ¿Obligación moral?, ¿Obligación legal?

Iñigo Sánchez Benítez

1. Introducción
2. ¿Una lucha desigual?
3. Conclusiones

1. Introducción

A lo largo de los años y con una constancia envidiable, venimos leyendo en los periódicos qué España y la Comunidad de Madrid en particular, se encuentran a la cabeza en el mundo en la donación de órganos con un ratio aproximado de 34 donantes por millón de habitantes.

Un primer análisis de dicho dato, nos debería hacer sentir orgullosos de nuestra solidaridad, lo cual, no es óbice también para entender que ese ratio sea suficiente para considerar cubiertas las necesidades de la población, sino que por desgracia otros países están por detrás.

Un segundo análisis de dicho dato me permite congraciarme con el ciudadano español y concluir que no siempre los periódicos, las noticias o las imágenes de los eventos deportivos dan la justa y verdadera medida de una sociedad. Qué somos mejores de lo que muchas veces parecemos aunque, en ocasiones, parezca que nos moleste.

Con fecha 1 de enero de 2009 la Comunidad de Madrid tiene una lista de espera de 714 pacientes, de los cuales 39 son niños. En 1991 hubo en la Comunidad de Madrid 146 donantes. En 2008 208 donantes al igual que en el 2007. Desde el 2005 que hubo 214 donantes, las donaciones han bajado. En 1992 las negativas de los familiares se situaban en el 27,6%. En 2008 en el 17,86%; sin embargo, desde el año 2006, las negativas han aumentado un 2,86%¹.

No debemos olvidar que La Constitución Española consagra un derecho a la salud.

Un tercer análisis, a la luz de los datos inmediatamente señalados, me permite cuestionar el compromiso de los poderes públicos con la obligación por ellos libremente asumida, pues el alcance conferido a este derecho a la salud es de su exclusiva responsabilidad.

Junto con ello, se debe tener especialmente en cuenta que no toda persona que fallece es médica o clínicamente objeto activo de la donación y, que aun siéndolo, no necesariamente sus órganos serán donados. Por un lado la donación puede no llevarse a cabo por la existencia de patologías en el fallecido que hagan inviables sus órganos en otras persona; por la edad (a fin de cuentas la probabilidad de morir es ciertamente superior en edades avanzadas); por otro lado, la especial situación en la que debe fallecer la persona de cara a lograr mantener los órganos en idóneas condiciones, cómo por ejemplo en Unidades de Cuidados Intensivos (dejando al mar-

gen los proyectos que cómo el 12 de octubre llevan a cabo para los casos de corazón parado y los protocolos de medidas de preservación); sin olvidar la disminución de las víctimas ocasionadas por accidentes de tráfico, las negativas en vida de los pacientes y, por último las negativas de los familiares.

Parece claro, por tanto, que los ciudadanos no debemos limitarnos a regodearnos en los números, hacer comparaciones maliciosas, y pensar que siempre habrá alguien solidario para cuando nosotros lo necesitemos. Tampoco los poderes públicos deben mostrarse conformes y limitarse a aprobar la situación actual, ni mostrar sumisión con los datos disponibles, ni aceptar sin más ser líderes mundiales pues este no es el objetivo, sino la satisfacción plena del fin pretendido.

Dejando al margen cuestiones económicas, mi propósito es iniciar un debate o, si se prefiere, polemizar sobre la posibilidad de recurrir a *otros medios* que permitan la satisfacción del fin que no es otro que el de garantizar la salud de los ciudadanos, signifique lo que signifique, en materia de donación de órganos.

¿Basta la solidaridad?, ¿es admisible la negativa en vida para no donar?, ¿resulta válida la negativa de los familiares?, ¿sin justificación?. Una respuesta afirmativa a estas preguntas, ¿no supone aceptar la existencia de una evidente dejación por no decir abandono de funciones y obligaciones por parte de los poderes públicos?, ¿resulta admisible esta circunstancia en un estado de derecho?, ¿debemos los ciudadanos permitirlo?, ¿se puede configurar la donación cómo una obligación legal?, ¿se vulnera algún derecho?. Si los ciudadanos tienen reconocidos derechos fundamentales ¿cabría exigirles también obligaciones fundamentales?.

La propia exposición de motivos de la Ley General de Sanidad legitima estas preguntas. A tenor de la misma *«Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadecuación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época»*.

Estas y otras son las cuestiones a tratar, quizá con demasiado descaro. No pretendo llevar a cabo un análisis jurídico-ético estricto, sino una reflexión. Trastocar o cuestionar la visión actualmente admitida, sin olvidar respecto de ésta y como defensa, tal y

¹ Organización Regional de Trasplantes de Madrid. Disponible en: <http://www.madrid.org>

como manifestó John Stuart Mill «*Hay una gran diferencia entre estimar que determinada opinión sea verdadera, porque nunca ha sido refutada, y presuponer que lo es con la idea de no consentir su refutación*»²

2. ¿Una lucha desigual?

Apuntado el que pretende ser el objeto del presente trabajo y, de cara a lograr convencer a los lectores o, al menos, que se planteen por primera vez que la donación ha de ser una obligación legalmente impuesta o, llevar aparejada su negativa cierto reproche moral resulta conveniente hacer una pequeña aproximación al panorama normativo por si el mismo pudiera ser suficiente y no fueran necesarios futuros cambios.

Cuando he comentado mi posición a otros compañeros o colegas de profesión algunos con gran sobresalto han sostenido: «*eso vulnera los derechos fundamentales*». Dejando al margen que hasta el propio *Forrest Gump* es capaz de proporcionar y sostener argumentos más complejos, no es menos cierto que eso es una sospecha que también me ronda.

Ahora bien, ¿qué derechos fundamentales son los que pueden verse afectados? Está claro que no todos. La libertad sindical, la tutela judicial y derechos similares no parece que fueran a ser objeto de menoscabo en el caso de que la donación fuera una obligación legal.

Por el contrario, derechos tales como la libertad religiosa, de conciencia, integridad física y moral, la intimidad, la libertad (con mayúsculas), etc si pudieran, al menos a priori, verse menoscabados. A fin de cuentas, todo individuo es soberano sobre si mismo. ¿Quién es el Estado para decidir que se ha de hacer con mis órganos?, ¿porqué no soy yo el que decide el destino de mi cuerpo?

Sentado lo anterior y no pretendiendo negar evidente eficacia y necesidad a los derechos fundamentales tal y como están configurados en nuestra Constitución, no debemos olvidar el marco fáctico en el que se plantea la cuestión, es decir, la muerte del ser humano. Nadie discute, ni siquiera yo en mi arrogancia, que mientras el ser humano viva nada se puede objetar a su libertad de decisión y de actuación. Ahora bien, ¿debemos propugnar el mismo alcance de los derechos humanos cuando el ser humano a muerto?, ¿caso un fallecido tiene derechos

fundamentales?, ¿todos?, ¿deben prevalecer los derechos de un fallecido frente a las necesidades de la sociedad o derechos de otros ciudadanos?, ¿quién los ejerce?, ¿cabe defender derechos fundamentales por representación? Ahí están mis dudas y ahí están las lagunas que nos pueden permitir abrir un nuevo punto de vista.

El origen de los derechos fundamentales es lo suficientemente claro y se ha escrito tanto sobre ello que no entraré en detalles, me limitaré a constatar que nos encontramos, siguiendo una concepción más bien liberal de los mismos, ante derechos que *debían corresponder al hombre por el mero hecho de serlo y que, por tanto, habían de ser respetados por todo sistema político legítimo, así como mostrar los argumentos que fundamentan esos derechos, los cuales, a su vez, podrían ser conocidos y esgrimidos por cualquier sujeto moral... es evidente que los derechos humanos aparecen formulados como derechos mínimos, pues su objetivo era responder a ciertas necesidades y exigencias morales que se presumían propias de toda persona, y de ahí el rasgo de universalidad que generalmente les acompaña*³, como indicaba J. Rawls *no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales*⁴.

Estos derechos fundamentales son SUBJETIVOS Y APRIORÍSTICOS. Le pertenecen al ser humano por el mero hecho de ser tal. Llama la atención cómo en la definición anterior se incluye, en dos ocasiones, el término moral que no es especialmente jurídico. En primer lugar para referirse al sujeto pasivo de los mismos, es decir, un sujeto moral y, en segundo lugar para definir el contenido de los mismos, al hablar de exigencias morales. Tal vez sea demasiada moral para derechos tan básicos. El artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Alemania cuando trata la limitación de este tipo de derechos indica *todos tienen el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o la ley moral*. Y aun cuando no sea norma española, no por ello deja de ser relevante, porque sostengo y comparto que deberían poder limitarse esos derechos si entran en conflicto con otros valores que siendo constitucionales no revistan la condición de fundamentales.

Como indicó la Sentencia del Tribunal Constitucional⁵ *tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que en*

² Stuart Mill, John. Sobre la Libertad. Biblioteca Edad. 2ª edición (Madrid). 2007.

³ Prieto Sanchis, Luis. Estudios sobre Derechos Fundamentales, 1ª edición (Madrid). Editorial Debate; 1990.

⁴ Rawls, J. Teoría de la Justicia. Fondo de cultura económica, Madrid, 1979.

⁵ STC 159/1986, de 12 de diciembre.

último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.

Precisamente, por revestir dicha condición, una vez la persona ha fallecido, pueden dejar de tener sentido o, al menos, no el inicialmente pretendido y defendido por nuestra Constitución. Además, no se deben olvidar otros derechos que sin la altisonancia de los anteriores, no dejan de tener su valor y exigen a los poderes públicos actividad para su defensa y su consecución, esto es, los derechos sociales o de segunda generación (derechos constitucionales aunque no fundamentales).

Entre estos últimos nuestra Carta Magna⁶ consagra en el artículo 43 el derecho a la salud. Derecho que se encuadra en los principios rectores de la política social y económica. Es decir, entre aquellos que exigen como acabo de apuntar, que el Estado haga algo para obtener su satisfacción y con ella la de los ciudadanos. No es un enunciado o una manifestación de voluntad ni una declaración de intenciones. Se configuran como un mandato claro y directo, pues según el apartado segundo de dicho artículo «*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*» Añadiré que se olvidaron de las obligaciones, pero sobre esto me detendré en un rato.

La primera pregunta a la que debemos dar respuesta de cara a poder responder a nuestra inicial pregunta es la siguiente: **¿Qué es la salud?**, a fin de cuentas es el bien jurídico objeto de protección.

Ya de antemano, debemos reconocer las dificultades existentes a la hora de definir el término salud. Ni la constitución, ni la Ley General de Sanidad ni el resto de normas vinculadas con la misma la definen en modo alguno, lo cual no es una cuestión baladí, pues sería interesante conocer de antemano que pretendemos defender o promover. Debemos acudir a otras fuentes.

La Real Academia Española de la Lengua⁷ define la misma cómo «1.- *Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones;* 2.- *Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.*» La verdad es que dichas definiciones no ayudan mucho o, desde luego, no recogen el concepto que habitualmente se tiene de ella, al no

aparecer siquiera indicada la premisa del bienestar que la misma debería conllevar. La Organización Mundial de la Salud entiende por tal «*el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades*»⁸. Como señalo MOSHÉ FELDENKARIS «*una persona sana es aquella que puede vivir sus sueños no confesados plenamente*»⁹ o cómo manifestó RENE DUBOS «*La salud es principalmente una medida de la capacidad de cada persona de hacer o convertirse en lo que quiere ser.*»

Lo que resulta claro es que la salud, no debe ser entendida exclusivamente desde un plano estrictamente físico. No debemos olvidar que «*la salud de la inteligencia y de los sentimientos afectivos, la disciplina moral y el desarrollo espiritual son tan necesarios como la salud orgánica y la prevención de las enfermedades infecciosas*»¹⁰. Otra cosa es que nos limitemos en este trabajo al plano físico, dejando el espiritual (no necesariamente religioso) para mejor ocasión.

En cualquier caso se puede suplir dicha definición a través del contenido que los poderes públicos han dado al derecho a salud. Basta una lectura a la cartera de servicios para saber que si uno necesita cualquiera de las prestaciones, técnicas o procedimientos que la misma recoge, la cosa no va del todo bien. El resto es literatura.

En segundo lugar debemos preguntarnos: ¿el derecho a la salud consagra la obligación de los poderes públicos de actuar siempre y en todo caso para salvaguardar la misma, con independencia de su coste?, ¿y de sus beneficiarios?. Dicho de otro modo y a los efectos que nos interesan: **¿el derecho a la salud debe incluir, necesariamente, el transplante de órganos, dadas las obvias dificultades que el mismo plantea?**

Lo cierto es que la evidente politización de la sanidad en España ha hecho innecesaria la respuesta a esa pregunta o, desde luego, resulta obvia y no merecedora de detenimiento alguno. Antes se cierra un colegio que un hospital.

Lo importante no es resaltar si se incluye el transplante como integrante del derecho a la salud, como de hecho sucede, sino cómo se ha hecho dicho reconocimiento por los poderes públicos. Dependiendo de ello, la exigibilidad de su satisfacción no será necesariamente similar. No es equiparable reconocer el derecho con limitaciones o reconociendo

6 Constitución Española. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/index.htm>

7 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ed 22ª. Disponible en: <http://www.rae.es>

8 Constitución Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <http://www.who.int/es/>

9 Feldenkari, Moshé El poder del yo La autotransformación a través de la espontaneidad. Barcelona/Buenos Aires, Paidós, 1993.

10 Alexis Carrel Man Unknown (New York: Harper & Brothers, Halcyon House, 1938.

dificultades para su ejercicio, en cuyo caso, la exigibilidad sería menor o incluso imposible, que hacer un reconocimiento sin limitaciones en los que si bien la exigibilidad pudiera ser reducida desde un punto de vista jurídico, si al menos lo sería *moralmente* (para desgracia de Kelsen), lo cual es un principio.

Precisamente, si por algo se caracteriza la normativa española al respecto es por su marcado interés satisfactorio. No se establecen límites al derecho a la salud y no alcanzo a comprender porqué.

La Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad, tiene un inicio que ya cuestiona las dificultades con la que los poderes públicos se van a encontrar para dar respuesta a ese derecho a la salud *«De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la Sanidad»*.

No debemos olvidar que si bien la exposición de motivos de cualquier Ley, carece de contenido normativo, no es menos cierto que la misma puede considerarse como su *espíritu*, estando todo el articulado orientado a la satisfacción del mismo, en tanto en cuanto es su justificación. Otra cosa es su éxito.

Continúa dicha exposición: *«La Ley da respuesta al primer requerimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes, cuyo incremento no va necesariamente ligado a las medidas de reforma de las que, en una primera fase, por la mayor racionalización que introduce en la Administración, puede esperarse lo contrario.»*

En contra de la prudencia que dicho inicio debería inspirar, los artículos 1 a 22 de la Ley no tienen desperdicio en cuanto al compromiso y alcance del derecho a la salud. Así por ejemplo, el artículo 1 marca como objeto de la Ley *«...la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud...»*, el artículo 6.4 establece como orientación de la actividad sanitaria

«garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud». El artículo 18 en su totalidad, etc, etc.

Sin embargo, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud reconoce en su Disposición Adicional Cuarta, una diferencia entre la existencia entre un derecho a la salud y un derecho a la sanidad al indicar *«esta manera de enfocar la garantía del derecho está explícita en la formulación del artículo 43 de la Constitución, al configurarlo como un derecho a la protección de la salud y no como un derecho a la sanidad, contraído exclusivamente a la recepción de una asistencia en caso de accidente o enfermedad»*. Es decir, una obligación de medios y no de resultados. Otra cosa es que el resto de la normas siga la misma dirección que la Ley General de sanidad.

El problema es que el sistema se ha configurado confundiendo los medios con los fines, pues no se han limitado a poner a disposición de los ciudadanos estos, sino que han fijado los fines y los han reconocido como derechos, olvidándose de disponer de medios suficientes. Es más, en el posterior Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, indicando su exposición de motivos, nuevamente *«El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, definió los derechos de los usuarios del sistema sanitario a la protección de la salud al regular, de forma genérica, las prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público»*.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de salud, es del mismo estilo. Enlaza el derecho a la salud del artículo 43 de la Constitución con el contenido del 41 siendo este el resultado: *«La Constitución Española de 1978, en su artículo 41, afirma que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad; asimismo, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*.

⁷ Artículo 2, apartado 2, epígrafe f), de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

⁸ Artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007.

⁹ Considerando 22 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

¹⁰ Memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio del Ministerio de Sanidad y Política Social.

La utilización de términos tales como garantizar la asistencia y prestaciones en condiciones de necesidad, da la medida de las pretensiones de dicha Ley. A mayor abundamiento llega a indicar: «... se plantean nuevos retos para la organización del Sistema Nacional de Salud, como son la orientación a los resultados en salud...»

Sin intención de dejar en evidencia a los Poderes Públicos, culpables de no proveer de medios suficientes de cara a lograr los fines marcados, me limitaré a destacar, brevemente, el contenido del Real Decreto 1030/2006 antes aludido.

Su objeto, tal y como recoge su artículo 1 es establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprótesis, de productos dietéticos y de transporte sanitario, ahí es nada. Es decir, los derechos asistenciales de los ciudadanos.

Su artículo 5 (Criterios y requisitos) establece que «Para la definición, detalle y actualización de la cartera de servicios comunes se tendrá en cuenta la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo, basándose en los criterios y requisitos establecidos en los apartados siguientes».

El apartado tercero del mismo exige para incluir en la cartera las técnicas, procedimientos o tecnologías, entre otros, los siguientes requisitos: a) *Contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovaloramiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento.* b) *Aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente.*

El apartado 5 establece que para proceder a la exclusión ha de concurrir, entre otras, a) *... su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable.*

En contra de lo que pudiera pensarse, esto es, la imposibilidad bajo esas premisas de incorporar a la cartera de servicios el trasplante de órganos (cómo tantas otras cosas), a pesar de todo ello y, tal vez como consecuencia de lo descrito en los párrafos anteriores incluye en la Cartera de Servicios *Trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano: (apartado 5.2.16. anexo III) Órganos: Riñón, corazón, pulmón, hígado, páncreas, intestino, riñón-pán-*

creas, corazón-pulmón y cualquier otra combinación de dos o más de estos órganos para la que exista una indicación clínica establecida. (apartado 5.2.16.1.)

¿Acaso con el sistema de donación de órganos establecido los poderes públicos van a dar satisfacción al derecho que ellos mismo han reconocido?, ¿en los propios términos reconocidos?. Ni en broma. Basta ver la lista de espera para comprobarlo.

Lo triste es que esa falta de prudencia era por completo innecesaria. Se han reconocido tantos *derechos clínicos* que no son tales, sino meras *posibilidades u oportunidades*, que el ciudadano se encuentra con la posibilidad de exigir *estar sano*. De alguna manera nos han hecho soñar con cierto grado de inmortalidad, habiendo olvidado nuestra natural finitud, al menos, física. Pero esto es otro tema que no viene al caso.

La salud, desde un punto de vista jurídico es un concepto que por su propia naturaleza resulta indeterminado. Corresponde a los Poderes Públicos dotarlo de contenido en función de los intereses de la sociedad y en el uso de las atribuciones conferidas (obligaciones). Darán el contenido que estimen oportuno, a partir de criterios objetivos, sistemas de arbitrio judicial o mediante el establecimiento de pautas genéricas, pero una vez dotado de tal, todas las personas que resulten titulares de dicho derecho habrán de poder beneficiarse del mismo en los términos en los que ha sido reconocido.

Pues bien, ese alcance del derecho a la salud es responsabilidad exclusiva de los poderes públicos. Lo que se critica no es el reconocimiento de ese derecho a la asistencia sanitaria, sino su mera formalidad, que se haya reconocido sin limitación alguna y sin prever las necesidades que su cumplimiento va a exigir. Una cartera de servicios puede depender de la solidaridad ajena, pero en ese caso no se puede reconocer como un derecho del ciudadano, sino como una posibilidad. Es aquí donde precisamente falla el sistema articulado. Se generan múltiples expectativas (establecidas como derecho) y no se puede dar satisfacción a las mismas. En resumen, que los medios no son idóneos.

Pero ello no debe conllevar una actitud meramente contemplativa de la situación. Es necesario analizar si ese derecho, con el contenido definido y sobre la base de su ubicación en la Constitución puede ser suficiente a los fines que me propongo. O lo que es lo mismo:

¿Puede el derecho a la salud, tal y como está configurado en la Constitución Española servir de cobertura para exigir los órganos de los fallecidos, hayan estos o sus familiares mostrado su oposición frontal a la misma?

Evidentemente, así sin más y en un precipitado primer análisis, no se puede oponer a los derechos fundamentales el derecho a la salud, como derecho con entidad suficiente de cara a justificar la donación obligatoria. Es una lucha desigual. Ahora bien, con todo y con ello, este reconocimiento a la salud como un derecho, no deja de encuadrarse en una parte de la Constitución que viene en configurarse como *el espíritu* de la actuación de los poderes públicos, lo que ha de tener su relevancia.

Como indica Francisco J. Contreras «... *los derechos sociales <son lo otro> que los derechos civiles y políticos, lo que <viene después>, la segunda generación. Los derechos sociales se han gestado en tensión polémica con las libertades individuales clásicas. Intentan colmar las deficiencias y omisiones de éstas...*»¹¹

Pues bien, el derecho a la salud *es de esos*, está precisamente ahí recordando constantemente a los poderes públicos que frente a los derechos fundamentales, con la salud se encuentran ante un mandato de hacer, de destinar medios y recursos para lograr su consecución. La distancia se empieza a reducir.

Es cierto que la propia Constitución Española no nos permite ser muy optimistas al respecto. El artículo 53 veda el acceso de los mismos al Tribunal Constitucional. Es materia de leyes ordinarias y, por tanto, quedan sometidos al vaivén del interés o de la oportunidad política. Eso no es óbice para que un eventual mal uso de los recursos otorgados por la Constitución a los poderes públicos para su desarrollo les deba restar importancia, toda vez que su eficacia, aunque requiera siempre un desarrollo normativo, queda establecida por la propia Constitución. Debemos deslindar la posibilidad para el ciudadano de acudir a los tribunales para exigir estos derechos, de su naturaleza, pues si bien la primera está limitada, la segunda tiene un indudable reconocimiento y valor constitucional.

Debemos situarnos en el inicio, esto es, en su fundamento y no en su desarrollo, pues éste siempre puede ser alterado o modificado. Es importante señalar que sin un desarrollo legislativo que subjetivice estos derechos, su invocación directa ante las instancias judiciales de cara a obtener una concreta solución se encuentra limitada, pero es que en el caso del derecho a la salud, se ha desarrollado con profusión y de que manera. Otra cosa es el acierto, su coherencia y el análisis de las consecuencias de las fórmulas utilizadas (fines y medios), pero se ha

convertido desde mi punto de vista, en un derecho subjetivo (baste traer a colación las normas citadas con anterioridad). Distinto es si este derecho es suficiente para luchar contra los derechos fundamentales.

Pero aun cuando no tuvieran desarrollo normativo no son normas sin contenido y es obligación de los tribunales tenerlos presentes a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico. Son inspiradores de la legislación positiva¹².

¿Acaso la salud y el sistema de seguridad social no tiene por objeto eliminar situaciones de necesidad?, ¿acaso estas situaciones no atentan contra la dignidad e integridad de la persona? (la primera como valor integrador y la segunda como derecho constitucional). Estos derechos y principios rectores no sólo constituyen una obligación para los poderes públicos emanada directamente de la Constitución, sino que también se configuran como un crédito que ostentan los ciudadanos frente a los mismos y que exigen a estos cumplir con la obligación inherente a su reconocimiento en el texto constitucional, que no es otra que la de lograr su efectividad.

Se reconocen derechos básicos de los ciudadanos, sin los cuales los derechos fundamentales pierden sentido para la población. Nos consta a todos que en la actualidad la sociedad lucha y exige una mayor satisfacción de derechos tales como la educación, vivienda, trabajo, salud, etc. Son derechos, como se ha indicado, de segunda generación, derechos que adquieren relevancia cuando los fundamentales se han asentado en nuestra sociedad, derechos que suplen las evidentes carencias de los primeros en tanto en cuanto las personas somos sociales.

Tienen, igualmente, vocación de universalidad, pues su objeto es cubrir las necesidades básicas de *todos*.

Y, en relación con el objeto de esta reflexión, sin un reconocimiento máximo y primero, tanto al derecho a la vida como al derecho a la salud, carece de sentido que nos sean reconocidos derechos que no vamos a poder ejercer. No sólo se trata de poder disfrutar de los mismos o de que estos tengan un contenido reconocido y protegido, sino de que estos puedan ser ejercitados por los ciudadanos. Pues bien, sin salud sostengo que no tiene sentido defender los derechos fundamentales, del mismo modo que se necesita tener opinión para que la libertad de expresión tenga sentido. Como indicó STALIN «*si no tienes mantequilla la libertad de pensamiento no te*

¹¹ Contreras, Francisco J. -Derechos sociales: Teoría e ideología. Editorial Tecnos. Madrid. 1994.

¹² STC 19/1982, de 5 de mayo.

llevará muy lejos» (no pretendo tampoco que con esa excusa se admita el todo vale). Del mismo modo que la educación nos ayuda a hacernos ciudadanos.

Ahí radica gran parte de su importancia, la salud se convierte en condición *sine quanon* para el ejercicio de los demás, y a eso hay que reconocerle cierto valor e importancia con independencia del lugar en el que el derecho quedó ubicado en la Constitución.

Si admitimos que las personas bajo cualquier situación o condición, son titulares de estos derechos fundamentales, debemos asumir igualmente, que los derechos sociales no son tanto del individuo como del ciudadano. Aristóteles ya señaló que el ser humano es un animal político y que su *destino o razón* era vivir en sociedad. Sin ésta, los derechos fundamentales son más bien virtuales. En ésta no sólo deben defenderse los primeros, sino que los segundos adquieren su verdadera dimensión. Si en los primeros su beneficiario directo es el individuo, en los segundos es la sociedad y, siendo ésta el marco de desarrollo pleno de la persona, tienen una más que evidente trascendencia. Lo cual no es óbice para que la titularidad corresponda a los individuos que la conforman y no a la sociedad en si.

Es cierto que algunos de estos derechos se han considerando tradicionalmente de grupo. Tanto la salud como la vida, son predicables de todos y pertenecen a cada uno de los individuos que integran una sociedad en cualquier tiempo y lugar, con independencia de la extracción del individuo o de su situación, es decir, son UNIVERSALES para la sociedad que los tiene reconocidos. Algunos definen los derechos humanos así, otros asocian estos derechos con los fundamentales.

Con ello no pretendo sostener la superioridad de los derechos sociales frente a los fundamentales, ni mucho menos, sino colocarlos en el lugar que entiendo que se merecen, reivindicarlos, no limitarnos a reconocer su existencia. Todos pertenecen por igual a las personas, la diferencia es el marco en el que actúan.

El problema es que hasta ahora, esos derechos sociales exigen un mínimo de solidaridad sin la cual tampoco tienen sentido. Solidaridad que en muchos casos no se da. No pretendo transformar la solidaridad de virtud en obligación, sino significar que la satisfacción de estas necesidades tiene un coste social e individual que debe ser asumido ya, y no esperar a ser nosotros los que nos veamos en la obligación de recurrir a la solidaridad ajena. No debemos olvidar que el fundamento de estos derechos *sólo es* satisfacer necesidades básicas de todos, es su justificación y todos queremos que estas sean satisfechas (o al menos las nuestras).

Pero además, la salud es no sólo una necesidad básica, sino una necesidad OBJETIVA no arbitraria o caprichosa, es VITAL. Trasciende el contexto y la ideología, sin ella los derechos fundamentales no tienen sentido, el ser humano renunciaría a ellos con tal de lograrla. Temporalmente, es cierto (la capacidad innata del ser humano para olvidar es admirable), lo cual no es significativo porque esa eventual renuncia nos permite entender su verdadera dimensión.

Como señala Francisco J. Contreras¹¹ haciendo referencia a las teorías de RAYMOND PLANT *en una transacción mercantil normal se intercambia siempre un «quid» por un «quo»; no puede, por tanto, producirse el efecto-estigma; pues no hay gratuidad, sino simple ajustamiento de intereses individuales. En el caso de las prestaciones sociales, por el contrario, tiene una transferencia de recursos (de los contribuyentes a los necesitados) cuya naturaleza no termina de estar clara en la mente de muchos (incluidos los beneficiarios). Aun no se ha consolidado en la conciencia social la idea de que los receptores de las prestaciones ejercitan un «derecho», de que la sociedad cumple con ellos un «deber» distributivo, de que la asistencia pública no es una cuestión de generosidad, caridad o bellos sentimientos.*

Efectivamente, debemos trascender la idea de que los derechos sociales y, particularmente la satisfacción de la salud en los términos reconocidos por la normativa vigente dependa, en ocasiones, de la solidaridad de los demás. La satisfacción de la necesidad debe ser norma y configurarse como fin en si mismo, lo que sucede es que se carece de los medios o no son suficientes (en nuestro caso de órganos trasplantables).

Además, en el caso de la donación de órganos ya no sólo hablamos de salud, sino también de vida y eso exige regulación y no sólo libre mercado. Es cierto que se debe poner un límite, pero este no se ha puesto por los poderes públicos al establecer el alcance de dicho derecho. Quizá la donación no se debería haber reconocido como prestación integrante del derecho a la salud, en tanto en cuanto, los poderes públicos para dar curso a la misma dependen de terceros.

Y siendo la salud una necesidad objetiva, universal y vital, nos aproximamos a un eventual reconocimiento de, al menos, un derecho moral fundamental a la salud, lo que nos permite convertir a la salud en un bien genérico susceptible de protección por parte de los poderes públicos como fundamental y, en consecuencia, la obligación de estos de proveer y disponer de los medios y recursos necesarios para ello. A fin de cuentas la medicina del trasplante es el resultado del progreso científico que tiene por objeto promover o restaurar la salud de los ciudadanos.

Tampoco debemos olvidar que la Constitución es un todo y que así debe ser comprendida. No van los derechos fundamentales por un lado y los sociales y principios rectores por otro, eso es no entender la Constitución.

Como señaló el Tribunal Constitucional¹³ al referirse a la Constitución Española:

Concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con gran quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren.

Lo contrario sería como insinuar que las Meninas son una serie de brochazos, pues si bien eso no deja de ser cierto, también son algo más.

Dicha Sentencia puede interpretarse como una vía o excusa para realizar una mirada sobre la Constitución más relajada y menos dogmática, esto es, más allá de los derechos fundamentales cuando se trata de defender la prevalencia de estos en un ser fallecido, antes que otros derechos, en ciudadanos vivos.

«Este principio de unidad presenta dos aspectos que se alimentan recíprocamente. De un lado, la consideración global y unitaria de la Constitución, la afirmación genérica de su fuerza vinculante, que supera las diferencias estructurales que puedan existir entre sus distintos preceptos, es algo que únicamente resulta posible a partir del reconocimiento de que existe un orden de valores o elementos materiales que impregna todo el texto constitucional y no sólo algunas partes del mismo. Pero el principio de unidad implica, de otro lado que ese orden de valores no sea considerado como una colaboración metajurídica, como un conjunto de esencias abstractas sino, más bien, como un orden positivizado, es decir, que se expresa en el mismo conjunto de preceptos positivos que contiene el texto constitucional»¹⁴.

Se trata de ponderar e integrar. Leamos e interpretemos la Constitución en su conjunto, serenémonos y entendamos el porqué de los derechos funda-

mentales, del derecho a la salud, etc, pues ésta es condición primera e inexcusable para poder gozar y disfrutar del resto de derechos. «Hay que comprender el todo a través de los elementos, los elementos desde el todo». (Karl Jaspers).

Es más, al igual que muchos instrumentos jurídicos del derecho internacional reconocen los derechos fundamentales, otros muchos reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconoce «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas «medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho». Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales¹⁵.

¹³ STC 196/1987, de 11 de diciembre.

¹⁴ Varela, Santiago. Cuadernos de derecho político II, UNED. Facultad de Derecho (Madrid), 1980.

¹⁵ Observación 14ª Adoptadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

Por ejemplo, la Dignidad Humana no está consagrada en nuestra Carta Magna como uno de los Derechos Fundamentales esenciales, con las consecuencias que tanto para su regulación, respeto y defensa se recogen en la misma, lo cual no es óbice para que en la misma radique el título para reconocer a las personas los derechos inviolables que les son inherentes, constituyéndose junto con estos como *«fundamento del orden político y de la paz social.»*

Tampoco nuestra Constitución la define a pesar de su trascendencia. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española⁷ define el término Dignidad, entre otros, como: *«cualidad de lo digno»*. Definiendo digno cómo *«que tiene dignidad o se comporta con ella»*, ¡olé!

En contra de lo que pudiera parecer no lanzo una crítica. Pretendo poner de manifiesto algo que por obvio a veces se olvida y es que la percepción de la Dignidad es distinta de un ciudadano a otro, de una sociedad o cultura a otra y de una época a otra. Este mismo principio ha de resultar aplicable a la Constitución Española. A la hora de analizarla y, sin minusvalorarla o reconocer su grandeza, no se debe perder de vista el momento histórico en la que la misma se consensuó. Esta circunstancia no es baladí, no pudiendo permitirnos *ad eternum* una interpretación similar de sus preceptos. Ella misma así lo indica en su artículo 10.2 *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»*

Y no sólo ellos, sino también la propia evolución de la sociedad, con independencia del camino que la misma siga o escoja

Junto con lo expuesto, es importante señalar que la imposición de la donación que predico, es sólo después del fallecimiento del ser humano y este es un contexto que la Constitución no se ha planteado. Creo que mi planteamiento trata más de vencer un tabú que de dinamitar los derechos fundamentales.

Si asumimos la plena libertad del individuo, aun después de muerto de decidir sobre el destino de sus órganos, debemos igualmente asumir y admitir que, por ejemplo, decida que los mismos se trasplanten sólo en personas blancas o sólo en hombres. A fin de cuentas donar a alguien en concreto o no donar son manifestaciones del mismo derecho. Porqué

aceptamos la segunda sin problema, pero la primera nos resulta ciertamente grosera si, a fin de cuentas, no se vulnera el derecho fundamental del que no recibe un órgano y se respeta el del no donante.

A pesar de todo, el derecho a la salud, sigue sin ser fundamental, pero lo cierto es que los derechos fundamentales tampoco son absolutos. Aun cuando la autonomía del individuo con respecto al destino de su cuerpo sea una realidad jurídica y social y el estado no pueda reclamar para sí los cuerpos, es decir, los cuerpos son inviolables en los términos de ser capaces de reclamarlos y distribuirlos a necesidad, no es menos cierto que cuando determinados usos o accesos a los cuerpos pueden ser justificados por servir a necesidades superiores a las individuales, todo es susceptible de ser reinterpretado. Como ya adelantó Kant *«la experiencia nos muestra que una cosa es de tal o cual manera, pero no nos dice que no pueda ser de otra manera»*¹⁶.

¿Vulneraría la propuesta planteada el contenido esencial de los derechos fundamentales enumerados?, es decir, sirve un derecho *meramente* constitucional como límite válido de un derecho fundamental. Traspasaríamos ese límite que hace impracticable el derecho más allá de lo razonable. Entiendo que no es así, en tanto en tanto en cuanto, por un lado la salud es condición necesaria para la práctica de un derecho fundamental y, por otro lado, el ejercicio de un derecho por un fallecido no deja de revestir cierta dificultad.

Límite la inviolabilidad al contenido esencial, porque no siendo los derechos fundamentales absolutos y si limitables, tal y como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones, no por ello dejan de tener protegido un contenido esencial mínimo que es infranqueable y, sin el cual, no tendrían sentido, pero que es específico a cada uno de ellos¹⁷. Sin olvidar que cualquier limitación de los mismos ha de guardar *proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone*¹⁸.

*Todos los valores son dignos de protección y a tal fin cabe que la ley ponga ciertas limitaciones o restricciones que, por así decirlo, perjudiquen a otros valores o derechos fundamentales. la legitimidad de estas limitaciones depende ante todo de que no sean arbitrarias, es decir, de que constituyan una exigencia necesaria para preservar un valor constitucional y de que impongan un sacrificio un sacrificio proporcionado sobre el resto de valores o derechos*¹⁹.

¹⁶ Kant, Emmanuelle. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Alianza Editorial (Madrid). 2008.

¹⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre.

¹⁸ STC 37/1989, de 15 de febrero.

¹⁹ Prieto Sanchis, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Editorial Debate (Madrid) 1990.

Y, en este sentido y en el contexto planteado, es decir, muerte de la persona, entiendo que no se vulnera el contenido esencial, pues en este caso no se limita su ejercicio (por ser este imposible), ni tampoco la limitación va más allá de lo razonable; pero, en todo caso, esta sería posible.

Vayamos por partes. El primer asalto es con la integridad física y moral. Según el artículo 15 de nuestra Carta Magna *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.*

La redacción de este artículo, tratándose de un derecho fundamental, es sumamente interesante. En primer lugar indica el bien jurídico protegido (vida e integridad <física y moral>); en segundo lugar el alcance de los mismos (tortura, pena o trato inhumano o degradante) y, en tercer lugar un eventual límite al mayor atentado contra las mismas (pena de muerte). Se abre y se cierra el derecho.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse al respecto, entendiéndose que las penas o tratos degradantes se vienen reputando aquellos que provoquen una sensación, humillación o envilecimiento distinto y superior. Ello no es óbice que el propio Tribunal indicase *determinar cuando se ha cruzado el umbral que separa el maltrato lesivo del derecho fundamental del constitucionalmente irrelevante constituye, como ha quedado dicho, un asunto que sólo puede resolverse a la luz específica de las circunstancias del caso en cuestión.*

La pregunta clave para determinar si existiría vulneración es simple: ¿puede un cuerpo sin vida sufrir moral o físicamente?. Otra cosa es si el sufrimiento es de los familiares, en cuyo caso la pregunta sería distinta ¿puede el derecho fundamental de un fallecido proteger el interés de un familiar?

La segunda de las preguntas me parece que tiene una respuesta obvia y, no es otra que un no rotundo. Los derechos fundamentales pertenecen a la persona y no a sus familiares. Respecto de la primera, entiendo que la respuesta es también sencilla, es decir, no es capaz de sufrir ni moral ni físicamente, otra cosa, es el alcance o las repercusiones que esta respuesta pueda conllevar.

Físicamente no creo que pueda generar problema alguno, de lo contrario, no se admitiría en los casos de muerte cerebral el trasplante.

Pero es que además, el derecho a la vida, aunque sustancial como condición para el ejercicio de cualquier derecho, así como la integridad física como manifestación también de este, tienen en la propia

legislación un carácter marcadamente relativo. Así, podemos observar como existen diversos grados de protección, cuando no ausencia de la misma, dependiendo del momento en el que nos encontremos. No se protege de igual manera este derecho en el inicio de la vida (concepción y desarrollo), que una vez se convierte en *nacido* (en estrictos términos civiles – artículo 30 Código Civil) que cuando se acerca su final.

Pues bien, si a medida que se acerca el final de la vida el propio ordenamiento jurídico relaja las necesidades de proteger este derecho, más si cabe será la relajación una vez el ser humano ha fallecido.

El ser humano adquiere su máximo sentido, en tanto en cuanto vive, sin vida, deja de ser, ya no es un agente moral, rasgo que entiendo es el que define al ser humano y el que nos distingue, por completo, de otras especies.

La integridad moral, creo que debe correr igual suerte. Del mismo modo que la vida o la integridad física y la salud son condiciones previas, la integridad moral, sin vida en la que desarrollarse carece de sentido. No puede vulnerarse aquello que ya no se tiene.

Cuando el artículo 32 del Código Civil determina que se extingue la personalidad con el fallecimiento (a efectos civiles), no sólo dice una verdad sino que introduce un término cargado de implicaciones morales. La Constitución Española recoge en su artículo 10.1, entre otros que *el libre desarrollo de la personalidad ... son fundamento del orden político y de la paz social.* También al artículo 25.2 hace referencia a la misma, así como el artículo 27.2. Lo interesante es la ausencia total y absoluta de definición de dicho término.

La Real Academia de la Lengua Española¹¹ define la personalidad, entre otras como *conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas; Conjunto de cualidades que constituyen a la persona o sujeto inteligente.*

Ninguna de estas consideraciones puede ser tenida en cuenta al margen de la vida. En el momento en el que el ser humano deja de tener personalidad o ser agente moral, pierde sentido la protección constitucional de la moral.

Pero es que además, la integridad moral no puede configurarse como valor absoluto y universal (si como valor a defender) pues la misma dependerá de cada individuo y de su percepción. Mi integridad moral no se va a ver afectada porque retiren los órganos de mi cuerpo una vez haya fallecido, sin mediar mi consentimiento o el de mis familiares. ¿Cuál es la integridad moral de cada uno?. En el supuesto que planteo ¿debe prevalecer sobre el derecho del paciente?

Con la muerte nos extinguimos física y moralmente. Dejamos de Ser.

El segundo asalto es con la libertad ideológica. El artículo 16 de la Constitución Española reconoce y garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Igual que en el caso anterior, ya se reconoce una limitación a este derecho fundamental que no es otro que el orden público.

Tampoco considero que el contenido esencial de este derecho resulte afectado. Tanto la religiosa como la ideológica tienen sus límites en otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos

La libertad de conciencia según STEIN se refiere a las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida... protegiendo las convicciones de los individuos de las consecuencias que podrían sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias. Ahora bien la creencia o conciencia de lo que es una conducta moralmente debida por el individuo no tiene porque ser la que finalmente se admita; lo contrario ampararía cualquier tipo de tropelia que el individuo quisiera cometer bajo su paraguas. Por eso está limitado en la Constitución por el orden público en los términos que la ley marque.

A mayor abundamiento y, en relación con la libertad religiosa o de culto el legislador ha sido mucho más preciso a la hora de fijar sus límites. El artículo tercero de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de libertad religiosa impone como *único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.*

El porqué no se han establecido límites más precisos a la libertad ideológica, tal vez se deba a que esta, por definición, es mucho más variopinta y variada que la religiosa, lo cual no ha de resultar óbice para que dichos límites le fueran aplicables, dado que no revistiendo la ideología necesariamente, carácter de religiosidad alguna, se podría considerar como una *ateísmo religioso*²⁰ tal y como desarrolló y, en consecuencia en su manifestación en sociedad deba respetar los límites que por ésta se le quieran imponer.

Somos más que cuerpo, así para el que opine o goce de cierta espiritualidad el destino del cuerpo será irrelevante y para el que crea que sólo se es cuerpo su suerte correrá el mismo destino y el cuerpo inerte no tendrá sentido como expresión de la finitud del ser físico. Estas libertades son manifestaciones del ser, y sino se es, no pueden ser ejercidas.

Y tampoco cabría en este caso, una eventual defensa por parte de terceros. En un caso paradigmático el Tribunal Constitucional se manifestó sobre la titularidad del derecho a la libertad de creencias e integridad moral, respecto de un menor testigo de Jehová. *Desde la perspectiva del art. 16 ce los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 cc o el art. 30 ley 30/1992, de 26 de noviembre [rcl 1992, 2512, 2775 y rcl 1993, 246], de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)». y concluimos en dicha sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño»²¹.*

Efectivamente, esos intereses del menor que la sentencia predica como los que se deben tener en cuenta, resultan trasladables a la cuestión que nos ocupa, debiendo desplazarse la carga de probar el interés del fallecido de que sus órganos no fueran trasplantables a los familiares y allegados que pretenden defender. A fin de cuentas el derecho no les pertenece.

El último asalto con el que pretendo enfrentarme es con el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen. Me detengo en estos brevemente, porque tal vez sea un derecho cuya defensa por terceros está permitida, en el caso de fallecimiento. Otra cosa es que permitiéndose la misma, tenga visos de prosperar.

²⁰ Panikkar, Raimon. El silencio del Buda. Ediciones Siruela. 3ª Edición (Madrid). 1997.

²¹ STC 141/2000 y 154/2002.

El artículo 18 de la Constitución los garantiza, pero a diferencia de los anteriores, no existe asomo de limitación y, esto también es relevante, dado que no es lo mismo la existencia de limitaciones constitucionalmente consagradas (como sucede con los derechos anteriores) que limitaciones que provengan de otras normas o interpretación jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional²² indicó: ... *es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no la lesión*

Lo cierto es que esta precisión resulta de suma ayuda, pues elimina la percepción subjetiva de quien sufre la lesión en su derecho, la cual es inapelable al depender del individuo, y la sustituye por una percepción colectiva o social, es decir, la objetiviza, lo que hace que vulnerarla resulte más complejo.

En todo caso habiendo interpretado el Tribunal Constitucional la intimidad como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás y, la propia imagen, como los atributos más característicos del individuo propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias, difícilmente puedo apreciar vulneración alguna en el fallecimiento.

En definitiva, y respecto de todo lo tratado, mientras que *la autonomía del donante vivo es absoluta, la del donante muerto es relativa*²³. Por ello, entiendo que no se vulnera el contenido esencial de los derechos expuestos y debe prevalecer el derecho a la salud, pues aun cuando sea un derecho económico y social, también tiene un contenido mínimo, sin el cual no tiene sentido, del mismo modo que si este no es respetado hace que el reconocimiento del derecho pierda su significado.

Así, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴ recoge un apartado específico al respecto y, bajo la denominación «Obligaciones Mínimas Esenciales» indica: *Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina «una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]». Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el*

cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.» Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Y lo que desde mi punto de vista es más importante, deben poder limitarse los derechos fundamentales, en lo que aquí interesa, por necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos, siempre y cuando, como indicó el Tribunal Constitucional que sean *finés sociales que constituyan en su mismos valores constitucionalmente reconocidos*²⁵.

Pero, a mayor abundamiento, la eventual posibilidad de hacer prevalecer el derecho del paciente al del donante, tras la muerte de este, ha sido ligeramente apuntado por el legislador en una norma específica. Me refiero al Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, la cual, aun cuando en origen es una norma técnica (procedimientos médicos, definiciones médicas, requisitos de los centros sanitarios, etc.). De una manera un tanto tímida introduce una presunción interesante.

El primer apartado que me llama la atención es el artículo 2.1, en virtud del cual *En dichas actividades deberán respetarse los derechos a que se refiere el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y las normas y principios recogidos en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, concretamente los de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y anonimato...* Me llama poderosamente la atención que cuando se habla de voluntariedad, el respeto a la misma no venga directamente de la Constitución, sino de otras normas de rango inferior (ni siquiera Ley Orgánica).

No obstante, espera hasta el artículo 4.2 para indicar *En todo caso, la utilización de órganos humanos deberá respetar los derechos fundamentales de la persona y los postulados éticos de la investigación biomédica.* Ahora bien, no es lo mismo respetar los derechos fundamentales en la utilización, que en la obtención de dichos órganos. Tampoco tiene que

²² STC 185/1989, de 13 de noviembre.

²³ Mark D. Fox & Margaret R. Allee. Values, policies, & the public trust – The American Journal of Bioethics 5(4) 2005.

²⁴ (Maastricht, 22-26 de enero de 1997). Disponible en: http://www.fase.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/25/File/Instrumentos_Internacionais/Diretrizes%20de%20Maastricht.pdf

²⁵ STC 22/1984, de 17 de febrero.

ser incompatible, ni pretendo que una deficiente redacción de una norma autorice la vulneración de derechos fundamentales, pero es un dato a tener en cuenta.

Su artículo 7.1 vuelve, otra vez, a señalar que *la promoción de la donación u obtención de órganos o tejidos humanos se realiza siempre de forma general y señalando su carácter voluntario altruista y desinteresado*.

Sin embargo, y eso es lo que interesa resaltar, el artículo 10.1 proclama que conste o no conste la voluntad del fallecido, siempre y en todo caso el personal encargado de la extracción con carácter previo a esta deberá obtener información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

Evidentemente, existe una más que evidente contradicción entre ambos artículos. La voluntariedad no se puede presumir, tiene que constar de manera expresa, sino se elimina su naturaleza y, en todo caso, la presunción será siempre la excepción (y en relación con los derechos fundamentales, que menos que sea expresa). Y si no consta y se presume la aceptación de la donación, huelga la consulta a los familiares o a otros facultativos que le hayan atendido. Máxime cuando el derecho a decidir corresponde al eventual donante y no a sus familiares, pues a fin de cuentas los órganos son suyos.

Ahora bien, debemos señalar que lo habitual es que no conste declaración alguna por parte de los donantes (baste examinar en la Comunidad de Madrid, el escaso registro de instrucciones previas) y, por tanto, se pregunta a los familiares o representantes sobre la voluntad del fallecido respecto de la donación.

Puedo defender que el fallecido se niegue a la donación y esta no se lleve a cabo, ¿pero los familiares?. Si estamos hablando de derechos fundamentales, estos son de la persona, no de sus familiares y, la decisión de estos se debe tomar en un momento difícil en los que, probablemente, lo que menos importa es esta cuestión.

Según la Organización Regional de Trasplantes de la Comunidad de Madrid las negativas de los familiares tienen, entre otras las siguientes razones:

- Creencias religiosas.
- Opinión del fallecido.
- Queja por la asistencia sanitaria recibida.

- No se asume el fallecimiento.
- No creen en la muerte cerebral.
- Desconfianza sobre el destino de los órganos.
- Negativa sin razonamiento alguno.
- Integridad corporal del fallecido.

Si a lo largo de todo este texto, vengo defendiendo la necesidad de que la donación sea obligatoria y, sostengo que no puede prevalecer el derecho de un fallecido sobre el del enfermo, aun cuando haya sido manifestado en vida, menos aun cabrá si son los familiares los que se niegan.

Los derechos fundamentales son de la persona, por revestir dicha condición, no de sus familiares y un análisis de los motivos alegados impiden siquiera tomar los mismos en consideración o, desde luego, no hacer prevalecer los mismos sobre el derecho del paciente.

Pero aun cuando se considerara barbaridad lo expuesto, esto es, imposibilidad legal de sostener la obligatoriedad de la donación con independencia de la voluntad del individuo, voy más allá y de *lege ferenda* me surge una nueva reflexión. Acaso la Constitución Española, no debió reflejar también la existencia de lo que podríamos llamar **obligaciones fundamentales**.

La Sección Segunda, del Capítulo Segundo del Título primero de la misma, lleva por título de los «Derechos y Deberes de los Ciudadanos». Su lectura a mí me resulta algo deprimente. Tres son los deberes de los ciudadanos españoles:

1. La defensa de España. Deber que ha quedado sin contenido, tras la profesionalización del ejército.
2. Contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.
3. El deber de trabajar.

Tal y como están configurados los mismos no dejan de reflejar la necesidad de cierta solidaridad de los individuos en la consecución y logro de los fines que la sociedad proponga. ¿Acaso no tendría cabida una obligación fundamental sanitaria?, tendría cabida, la donación de órganos, de sangre, un eventual copago progresivo para el adecuado sostenimiento, etc, etc.

Lo que está claro es que si sólo dependemos de la solidaridad ajena, la cosa no pinta bien. Como indicó ARISTÓTELES *En efecto, siempre que está en nuestro poder el hacer, lo está también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará, asimismo, para obrar cuando es vergon-*

zoso... nadie es venturoso sin querer, pero la perversidad es algo voluntario²⁶.

Efectivamente, sobran argumentos morales, jurídicos y de estricta necesidad para justificar la inclusión de una obligación sanitaria de los ciudadanos como elemento fundamental de la sociedad. Lo cierto es que el ciudadano, hasta que se ve en la necesidad no reacciona. Como señaló acertadísimamente JOHN STUART MILL *hay muchas verdades cuyo sentido absoluto no somos capaces de comprender hasta que alguna experiencia personal nos obliga a hacerlo*². Efectivamente, ese es el extremo que debemos evitar. Es obligación de los poderes públicos no tener que llegar a esa situación que podríamos calificar de arrepentimiento tardío. Ya lo señaló ARISTÓTELES en el libro indicado *Si alguien a sabiendas comete acciones por las que se hará injusto, será injusto voluntariamente; pero no por la simple voluntad dejará de ser injusto y se volverá justo; como tampoco el enfermo, sano*²⁶.

3. Conclusiones

No era mi ánimo dogmatizar si ser en absoluto categórico, pero lo cierto es que en relación con el trasplante de órganos, los poderes públicos han sido demasiado generosos en el reconocimiento de la prestación, sin haber habilitado los medios para su efectivo cumplimiento.

En consecuencia, se debe analizar, dado que el sistema actual es insuficiente, a que otros mecanismos se puede recurrir.

En este sentido, creo que es necesario dar un nuevo impulso a los derechos económicos sociales y situarlos en el lugar que actualmente merecen, en tanto en cuanto, considero que son el vehículo idóneo. La era de los derechos fundamentales ha pasado ya, por asumida socialmente, se debe dar cober-

tura a las necesidades que estos no pueden satisfacer.

El derecho a la salud, como derecho económico y social, a diferencia de otros, es universal, pretende satisfacer una necesidad vital y es condición primera para el ejercicio normal de cualquier otro derecho.

Los derechos fundamentales, apriorísticos y subjetivos, mueren con la persona o, al menos, se mitigan lo suficiente para que puedan prevalecer otros derechos que sin ser fundamentales, son constitucionales.

En todo caso, se debería recoger la existencia de obligaciones fundamentales, destacando entre ellas, una obligación sanitaria fundamental que de cobijo a las necesidades de la sociedad frente a las del individuo fallecido o sus familiares.

En definitiva se trata de definir o aclarar como deben ser las relaciones del individuo con la sociedad. Bien una concepción liberal que anteponga la natural libertad del hombre al que solo se le pueden oponer sacrificios debidamente justificados o bien que la libertad del individuo se debe mover respetando los límites y mandatos que la propia sociedad ha impuesto. Es decir, ante el fallecimiento de un individuo ¿deben en este caso prevalecer los derechos de libertad frente a los derechos de igualdad?

¿Acaso el funcionamiento de nuestros órganos está sometido a nuestra voluntad?

Y aun constituyéndose como una obligación moral la donación de órganos su violación sólo es justificable frente a uno mismo y a los demás por la coerción de un sistema jurídico. La moral no es suficiente.

No nos limitemos a lo que es sencillo. La realidad no es clara y sencilla. *«La funesta tendencia de la humanidad a dejar de pensar en algo, en cuanto determinada cuestión deja de ser dudosa, está en el origen de la mitad de los errores cometidos por el género humano. No sin razón, un autor contemporáneo ha hablado <del profundo sueño de las opiniones aceptadas>»*²⁶.

²⁶ Aristóteles. Ética nicomáquea. Biblioteca clásica gredos. Mayo 2007.

Implantación de un nuevo sistema de gestión del paciente fallecido en el Hospital Clínico San Carlos de Madrid

Andrés Santiago Páez

1. Introducción
 - 1.1. Definiciones y conceptos
 - 1.2. Marco legislativo relacionado con la actividad hospitalaria
 - 1.2.1. Cuando el paciente fallece
 - 1.2.2. Realización de la autopsia clínica
 - 1.2.3. La realización de la autopsia judicial
 - 1.2.4. Donación del cuerpo para la ciencia y la investigación
 - 1.2.5. Donantes en trasplantes de órganos
 - 1.2.6. Restos humanos de entidad suficiente
 - 1.2.7. Prácticas de sanidad mortuoria
 - 1.2.8. Sala de despedida
 - 1.3. Marco legislativo autonómico y supraautonómico
2. Justificación
3. Hipótesis
4. Objetivos
 - 4.1. Objetivos generales
 - 4.2. Objetivos específicos
5. Material y método
 - 5.1. Material
 - 5.2. Método
6. Resultados
 - 6.1. Análisis de la situación
 - 6.2. Elaboración de un protocolo/guía de actuación ante el fallecimiento de un paciente ingresado en el hospital
 - 6.3. Creación de una unidad de sanidad mortuoria
 - 6.4. Puesta en marcha del protocolo
 - 6.5. Envío a domicilio de las encuestas de satisfacción
 - 6.6. Recogida de datos
 - 6.7. Análisis de los datos
 - 6.7.1. Estudio descriptivo
 - 6.7.2. Contraste de variables mediante la prueba de chi cuadrado
 - 6.7.3. Cálculo de los costes no soportados tras el análisis de resultados
 - 6.7.4. Resultados de la encuesta de satisfacción
7. Discusión
8. Conclusiones
9. Bibliografía
10. Anexos

1. Introducción

Es evidente que el actual sistema sanitario público español ha servido y sirve de modelo a otros países de nuestro entorno. Sólo tenemos que leer en la prensa de principios de año algunas informaciones para establecer la relevancia que esto tiene, ya que incluso el propio actual Presidente de los Estados Unidos, el Sr. Barack Obama, ha valorado nuestro modelo para impulsar la reforma sanitaria de su país¹.

Sin embargo hablar del manejo del paciente fallecido en las instituciones sanitarias no goza ni siquiera de buena o mala prensa, simplemente no es un tema que suscite interés, ya que la muerte se puede interpretar en algunos sectores de la población como un fracaso de la propia medicina.

Es fácil comprender que la asistencia integral al paciente que ingresa en un centro sanitario debe contemplar necesariamente el manejo y gestión también de su fallecimiento, si este se llega a producir. El centro sanitario es pues responsable de la atención al paciente independientemente de su estado biológico (vivo o muerto).

Pero toda intervención no debe sólo tener en cuenta los factores sanitarios, sino también aquellos aspectos sociales e incluso económicos que puedan tener influencia sobre la situación.

Las instituciones sanitarias tienen múltiples mecanismos y herramientas para garantizar un manejo del paciente fallecido que responda a las expectativas de la sociedad y enmarquen esta actividad dentro de los límites éticos y legales impuestos por nuestro ordenamiento.

1.1. Definiciones y conceptos

Para poder unificar criterios en relación a los términos técnicos utilizados habitualmente en el ámbito de nuestro estudio, se exponen a continuación las definiciones y conceptos extraídos de la legislación vigente.

- **CADÁVER:** todo cuerpo humano durante los cinco primeros años siguientes a la muerte real. Esta se computará desde la fecha y hora que figure en la inscripción de defunción en el Registro Civil (1).

- **RESTOS CADAVÉRICOS:** todo lo que queda del cuerpo humano terminados los fenómenos de destrucción de la materia orgánica, una vez transcurridos los cinco años siguientes a la muerte real (1).
- **RESTOS HUMANOS:** parte del cuerpo humano de entidad suficiente procedentes de abortos, mutilaciones, operaciones quirúrgicas o autopsias (1)
- **INCINERACIÓN O CREMACIÓN:** reducción a cenizas del cadáver, restos cadavéricos o restos humanos por medio del calor (1).
- **CLIMATIZACIÓN:** acondicionamiento térmico que permite mantener al cadáver durante las primeras veinticuatro horas retardando los procesos de putrefacción. En todo caso la climatización mantiene las condiciones ambientales de temperatura, humedad y ventilación mínimas necesarias para la vida (1).
- **REFRIGERACIÓN:** mantenimiento de un cadáver a temperatura muy baja mediante su introducción en cámara frigorífica con el fin de retrasar los procesos de putrefacción (1).
- **EMPRESAS FUNERARIAS:** son las empresas que prestan, conjunta o indistintamente, los servicios de manipulación y acondicionamiento de cadáveres, traslado de los mismos, tanatorio-velatorio, crematorio o cementerio y, en todos los casos con el suministro de bienes y servicios complementarios para sus propios fines (1).
- **CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN:** se usa para acreditar ésta y sin su expedición no podrá autorizarse la inscripción del fallecimiento ni el sepelio del cadáver. En su forma se sigue lo dispuesto en la Ley Reguladora del Registro Civil (2) y es por ello que recibe la denominación oficial de Parte facultativo de defunción² (3).
- **CADÁVERES JUDICIALES:** cadáver pendiente de la diligencia de la autopsia judicial o médico-legal por muerte violenta o sospechosa de criminalidad.
- **ENTERRAMIENTO DE CARIDAD:** entendiéndose por tales los de las personas desprovistas de medios económicos, salvo que sus deudos resulten beneficiarios de auxilio para este fin de carácter laboral o cualquier otro, o que el sepelio deba correr a cargo de cofradías, empresas o entidades aseguradoras a las que perteneciera el finado (4).

¹ «Obama quiere datos del Sistema Público Español de Salud» titular de El Mundo.es del miércoles 3 de marzo de 2010. Firmado por Rafael J. Álvarez.

² Definido en el cap. 14, p. 159, «Documentos médico-legales», del *Gisbet Calabuig*, 6.ª ed.

1.2. Marco legislativo relacionado con la actividad hospitalaria

1.2.1. Cuando el paciente fallece

Una vez se produce el fallecimiento de un paciente hospitalizado o atendido en el Servicio de Urgencias del hospital, el facultativo responsable (según la Ley 41/2002)³ (5) de la asistencia, es el que debe informar a la familia o allegados de este hecho y además rellenar una serie de documentos médico-legales. Entre ellos destaca el *Parte Facultativo de Defunción*, más conocido como *Certificado de Defunción*. Este documento modificó su impreso en enero de 2009 (Anexo n.º 1) entrando en vigor, en todo el territorio nacional tras un acuerdo entre la Organización Médica Colegial y el Instituto Nacional de Estadística el 16 de febrero de 2009 (6). A este respecto tengo que comentar que el nuevo formato esta planteando determinados problemas de índole administrativa e incluso médico-legal⁴. El médico no está todavía familiarizado con el modelo de certificado y existen algunos datos que no tienen un apartado específico para incorporarlos al mismo, como, por ejemplo, «Observaciones del tipo no hay inconveniente para la incineración». Algunos colegios profesionales han emitido recomendaciones para que sus colegiados puedan complimentar mejor los nuevos impresos (Anexo n.º 2). Esto ha habido que pactarlo con el propio juez del registro de Madrid capital para que se puedan salvar anotaciones en un lateral.

1.2.2. Realización de la autopsia Clínica

El médico responsable de la asistencia del paciente fallecido puede solicitar la autorización, a la familia o allegados del finado, para la práctica de una au-

topsia clínica. Esta solicitud se realizará en base a alguno de los siguientes criterios (7):

- a) Que un estudio clínico completo no haya bastado para caracterizar suficientemente la enfermedad.
- b) Que un estudio clínico haya bastado para caracterizar la enfermedad suficientemente, pero exista un interés científico definido en conocer aspectos de la morfología o extensión del proceso.
- c) Que un estudio clínico incompleto haga suponer la existencia de lesiones no demostradas que pudieran tener un interés social, familiar o científico.

Y se realizará en las instalaciones del propio hospital, con su propio personal⁵ no suponiendo coste alguno para la familia⁶ (8). Para ello se cumplimenta un documento que el facultativo aportará al Servicio de Anatomía Patológica (Anexo n.º 3). La autopsia clínica desempeña un papel crítico en el control de calidad aportando la confirmación, clarificación y corrección de los diagnósticos clínicos ante mortem (9).

El informe de autopsia se facilitará a los familiares solicitantes⁷ «Cuando los familiares lo soliciten expresamente, tendrán derecho a un informe del resultado de la autopsia, emitido, asimismo, por el servicio de anatomía patológica que la haya practicado».

Según mi experiencia personal, el Informe de autopsia Clínica adquiere cierta relevancia como prueba documental en las actuaciones judiciales, por lo que el tratamiento de la información en él contenida debe estar sujeto a las más estrictas normas de protección de datos de carácter personal. Para ello es útil consultar el Real Decreto⁸, que desarrolla la Ley Orgánica de Protección de Datos (10) donde se analizan concretamente los datos relativos a información sanitaria.

³ La Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, define al Médico responsable como el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

⁴ Manifestado en las siguientes comunicaciones a congresos: «Objections to a Death Certificate Issued by the Medical College Organization in Spain in february, 2009» presentada al XXI CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF LEGAL MEDICINE, mayo 2009 Lisboa (Portugal).

«El Nuevo Certificado de Defunción: Aspectos Prácticos y Legales» presentada al V SEMINARIO INTERNACIONAL E INTERUNIVERSITARIO DE BIOMEDICINA Y DERECHOS HUMANOS, junio 2009 Madrid (España).

⁵ En su artículo Primero. Tres la LEY 29/1980, De 21 De Junio, de autopsias clínicas dice: «las autopsias clínicas se realizaran por médicos anatomopatólogos, adecuadamente titulados, con la presencia y colaboración, en su caso, de otros médicos especialistas interesados y solicitados en el estudio autopsio, así como de personal auxiliar especialmente cualificado».

⁶ Especificado en el artículo segundo. Uno de la LEY 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas. «Se arbitrarán los medios para que la realización de los estudios autópsicos y el traslado de cadáveres, si procediere, no sea en ningún caso gravoso para la familia del fallecido».

⁷ Conforme al artículo Segundo. Cuatro de la LEY 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas.

⁸ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

1.2.3. **La realización de la Autopsia Judicial**

En aquellos casos en que la muerte se produzca *de forma violenta, o con indicios de criminalidad*, no se puede firmar el certificado de defunción por parte del médico asistencial y el cadáver pasa a disposición judicial, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹ (11), para que la práctica de la autopsia judicial sea realizada por el médico forense. En estos casos se emitirá por parte del médico responsable un Parte Judicial de Defunción con la comunicación del hecho al Juzgado de Guardia (Anexo n.º 4).

La empresa funeraria designada por el juzgado será la encargada de retirar el cadáver de las instalaciones del Hospital y presentará la copia de la solicitud del juzgado.

En la práctica, los casos que más se judicializan en este sentido son los procedentes de accidentes de circulación. Estos pacientes pueden evolucionar de forma muy errática y fallecer en pocas horas o dilatarse este hecho hasta meses después. En cualquier caso al emitirse un *parte de lesiones* al juzgado de guardia, tras el fallecimiento, el cadáver pasará a disposición judicial, independientemente del tiempo transcurrido desde el ingreso en el centro sanitario.

Existe una pequeña tendencia a judicializar aquellos casos en los que se desconoce a ciencia cierta la causa de la muerte y existe oposición por parte de los familiares a la realización de la Autopsia Clínica. Mi recomendación es utilizar el sentido común y ser comedido en la toma de decisiones, puesto que no parece lógico añadir a la familia tensión emocional con un proceso que resulta incomodo, desconocido y que está sujeto a la rigidez que impone el Ministerio de Justicia.

1.2.4. **Donación del cuerpo para la Ciencia y la Investigación**

Existe la posibilidad de que el propio paciente antes de su muerte realice una donación de su cuerpo para

la ciencia y la investigación. En este caso o si la familia o allegados del fallecido así lo deciden, posteriormente al fallecimiento, se cumplimenta un documento con estas indicaciones (Anexo n.º 5). Con esta gestión y sin coste alguno para la familia, el cadáver se traslada a una Facultad de Medicina. La utilización de cuerpos para la investigación en las Facultades de Medicina españolas está regulada por una ley que data de octubre de 1932 (12). Algunos expertos han manifestado recientemente la posible alegalidad de las instalaciones de muchos de estos centros docentes¹⁰.

El Hospital Clínico realiza el traslado de los cuerpos a través de un convenio con el Departamento de Anatomía y Embriología Humana II de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid.

Los Departamentos de Anatomía de las diferentes Universidades cuelgan en Internet documentos con instrucciones al ciudadano para la realización de la donación de su cadáver (Anexo n.º 6).



1.2.5. **Donantes en trasplantes de órganos**

En relación a los fallecidos aptos para ser donantes en trasplantes de órganos, se aplica la legislación vigente en España desde 1979 (13). Su desarrollo se rige actualmente por un Real Decreto (14). por el

⁹ La Ley dice en su TÍTULO V: «De la comprobación del delito y averiguación del delincuente», CAPÍTULO PRIMERO: De la inspección ocular, *Artículo 340*: La instrucción tuviere lugar por causas de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, antes de proceder al enterramiento del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, hecha la descripción ordenada en el artículo 335, se identificará por medio de testigos que, a la vista del mismo, den razón satisfactoria de su conocimiento. *Artículo 343*: En los sumarios a que se refiere el artículo 340, aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver por los Médicos Forenses, o en su caso por los que el Juez designe, los cuales, después de describir exactamente dicha operación, informarán sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias. Para practicar la autopsia, se observará lo dispuesto en el artículo 353.»

¹⁰ José Antonio Monterrubio Quirós, Profesor Titular de Derecho Administrativo y Delegado del Rector para Asuntos Jurídicos de la Universidad Rey Juan Carlos (URJC) de Madrid, en *Libertad Digital*, edición en la red del 18 de octubre del 2009.

que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos y por otro el Real Decreto (15), por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

El Hospital Clínico San Carlos implementa desde hace tiempo un programa de trasplante de paciente en asistolia.

1.2.6. Restos Humanos de Entidad Suficiente

Con respecto a los restos humanos de entidad suficiente (es decir que puedan ser identificados) procedentes de quirófano, anatomía patológica, etc. Como los fetos, deben tener los mismos destinos que el de cualquier cadáver¹¹ (1), es decir:

1. Enterramiento en lugar autorizado.
2. Incineración o cremación.
3. Utilización para fines científicos o de enseñanza.

Por ello su manejo, traslado y eliminación esta sujeto a la normativa vigente en Sanidad Mortuoria.

De esta forma los restos son precintados en contenedores para muestras biológicas y trasladados en un furgón de servicio funerario para su incineración posterior. Estos traslados se han pactado de forma periódica informándose por escrito al Departamento de Sanidad Mortuoria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

1.2.7. Prácticas de Sanidad Mortuoria

Respecto a los aspectos fundamentales del Reglamento de Sanidad Mortuoria publicado mediante Decreto en nuestra Comunidad de Madrid (1), ya en su preámbulo se hace referencia al antiguo Decreto (16), a la regulación sobre servicios funerarios y policía sanitaria mortuoria contenida en la Ley 7/1985 (17), en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad (18) y la incidencia producida por la liberación de los servicios funerarios

a través de un Real Decreto-Ley (19), derivándose el control sanitario hacia una inspección más eficaz y a una autorregulación del sector a través de la asunción de responsabilidades por parte de empresarios y técnicos.

En esencia el Reglamento regula por un lado:

- a) Toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres y restos cadavéricos.
- b) Y por otro las condiciones técnico-sanitarias de las empresas y servicios funerarios y de toda clase de instalaciones funerarias, incluidos los tanatorios y cementerios.

Conforme al citado Reglamento el Hospital no puede realizar prácticas de Tanatopraxia, al no tener las autorizaciones precisas para ello. Son las empresas con salas autorizadas las que pueden realizar las conservaciones temporales o los embalsamamientos. En referencia a los hospitales una orden de **1986 (20)**, desarrollo el Decreto **146/1985 (21)** con los requisitos mínimos de instalaciones mortuorias en instalaciones sanitarias de forma escueta y en los siguientes términos:

3.36. Unidad de Mortuorio.

Estancia y eventual estudio de fallecidos en el hospital.

3.36.1. Condiciones mínimas de planta física, personal y medios.

Dispondrá debidamente apartada una habitación por cada 100 camas de un mínimo de 12 metros cuadrados, dedicada exclusivamente a mortuorio.

Existirán aseos para familiares a distancia menor de 20 metros.

La salida del centro no podrá efectuarse por la puerta principal de entrada, disponiéndose de otra vía de salida.

Existirá una camilla especial para traslado de fallecidos en circulación intrahospitalaria hasta el mortuorio.

Existirá un frigorífico o depósito refrigerado de cadáveres con una capacidad mínima de dos cuerpos/100 camas.

3.36.2. Normas mínimas de funcionamiento.

Serán conocidas por el personal encargado las normas higiénicas para manipulación y traslado de cadáveres.

Existirá un protocolo escrito para fallecidos en donde conste el diagnóstico, tratamiento y

¹¹ Capítulo I, Título II, Artículo 4, del Decreto 124/97 Consejería Sanidad y Servicios Sociales. Reglamento de Sanidad Mortuoria.

la causa de muerte firmada por el médico responsable, que será entregada a los familiares. En su caso, cuando no sea obligatoria figurará la autorización del familiar para la realización de la necropsia y será necesaria la autorización para autopsia, si no hay puntualización en contrario expresa, recogida al ingreso al centro.

La conservación temporal de un cadáver será obligatoria en los siguientes casos¹²:

- a) Cuando el traslado del cadáver hasta su destino final vaya a realizarse después de las cuarenta y ocho horas desde el fallecimiento, exceptuando los supuestos en que haya intervención de la autoridad judicial.
- b) Cuando vaya a ser expuesto en lugares públicos, tal como se regula en el artículo 15.
- c) En todo traslado a otra Comunidad Autónoma de cadáveres en los que se haya realizado autopsia.

El embalsamamiento de un cadáver será obligatorio en los siguientes casos¹³:

- a) En los traslados al extranjero.
- b) En los traslados por vía aérea o marítima.
- c) En los enterramientos en criptas.

Pero además en 2008 se desarrolló el Decreto 124/97 a través de una Orden (22) que liberaliza la elección del profesional competente para las prácticas sanitarias de conservación temporal y embalsamamiento por parte de los familiares o personas allegadas al difunto, en línea con lo previsto en un Directiva (23), del Parlamento Europeo y del Consejo, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2006 y actualmente en fase de transposición al ordenamiento jurídico español.

De esa forma las prácticas de conservación temporal y embalsamamiento serán realizadas por un médico en ejercicio, que certificará su actuación mediante un informe en el que se haga constar las técnicas empleadas, responsabilizándose de las mismas.

Hasta la publicación de la Orden solo determinados facultativos inscritos en un registro especí-

fico estaban autorizados a la realización de estas prácticas.

Por todo lo anterior un cadáver que precisa de conservación o embalsamamiento debe ser trasladado para la realización de estas prácticas a un establecimiento autorizado, quien repercutirá estos costes sobre la factura del sepelio.

1.2.8. Sala de despedida

El hospital clínico cuenta con 8 salas de despedida habilitados con «Túmulos»¹⁴. En base a un acuerdo con las funerarias autorizadas en la Comunidad de Madrid (En el Anexo n.º 7 se facilita un listado de todas las funerarias autorizadas en dicha Comunidad autónoma a fecha de abril de 2010), el hospital cede dichas salas para aquellas familias que lo soliciten, ahora bien el servicio lo deben contratar con cualquiera de las empresas del sector autorizadas, evitando así poder generar un conflicto de libre competencia.

1.3. Marco legislativo autonómico y supraautonómico

El desarrollo legislativo autonómico ha sido profuso y más si tenemos en cuenta que prácticamente todas las Comunidades Autónomas tienen transferidas sus competencias en la materia. En el Anexo n.º 8 exponemos un cuadro clasificatorio de Normas, Reglamentos y Legislación por Comunidades Autónomas en materia de Sanidad Mortuoria, cementerios, tanatorios, cadáveres, etc.

En relación a la legislación supraautonómica, en el Anexo n.º 9 se presenta la legislación sobre la materia por orden cronológico.

2. Justificación

La necesidad de implantar una nueva forma de gestión del paciente fallecido en el hospital responde a una demanda real que ha suscitado determinados problemas a muchos responsables de los equipos directivos y de gestión.

¹² Cap II. Título III. Artículo 7 Decreto 124/97.

¹³ Cap II. Título III. Artículo 8 Decreto 124/97.

¹⁴ Que conforme a la Real Academia Española se define como: 1. *m.* Sepulcro levantado de la tierra. 2. *m.* Armazón de madera, vestida de paños fúnebres, que se erige para la celebración de las honras de un difunto. 3. *m.* Montecillo artificial con que en algunos pueblos antiguos era costumbre cubrir una sepultura.

Realmente existe poca bibliografía relacionada con el manejo de los pacientes fallecidos en los centros hospitalarios, de ello se deriva la posible confusión existente y los diferentes modos de realizar la gestión de los casos en cada institución.

Por ello la realización del presente trabajo pretende a través de la innovación en la gestión dotar a las instituciones de herramientas capaces de dar una mejor respuesta funcional.

3. Hipótesis

La implantación de un sistema de gestión, diferente, del paciente que fallece en el hospital, puede suponer una mejora en los circuitos, incrementando la efectividad y eficiencia.

4. Objetivos

4.1. Objetivos generales

Implantar un nuevo sistema de gestión de los pacientes fallecidos en nuestro hospital que garantice aquellos aspectos legales e incluso éticos que precupan al profesional y a la institución.

4.2. Objetivos específicos

4.2.1. Implantación de un protocolo de actuación en casos de pacientes fallecidos en el hospital dirigido a todos aquellos departamentos relacionados con el manejo de este tipo de pacientes. Incluyendo el análisis normativo y legislativo de todas las situaciones potenciales.

4.2.2. Gestión integral del paciente fallecido contemplando aspectos clínicos, sociales y económicos. Mejorando los procesos para reducir tiempos de espera intrahospitalarios.

4.2.3. Creación de una unidad específica responsable de la gestión de todo el proceso. La antigua unidad de velatorios se reconvertirá en la Unidad de Sanidad Mortuoria.

4.2.4. Facilitar una optimización de los recursos materiales y humanos que el Hospital dedica a la conservación y gestión de los cadáveres; y que los familiares de los pacientes fallecidos mejoren su satisfacción y perciban una mejor organización en el sistema sanitario.

5. Material y método

5.1. Material

Para la obtención de la base de datos se ha utilizado:

1. El libro de registro que se utiliza en la antigua Unidad de Velatorios.
2. Los certificados de defunción.
3. Los partes judiciales de defunción.
4. Los permisos de donación.
5. El volante de entrada y salida de velatorios.
6. La documentación aportada por los servicios funerarios para la salida del cadáver del hospital.

Para la creación de la ficha de recogida de datos se han considerado las siguientes variables:

1. Número de orden de entrada en velatorios (este es un dato disociado del nombre del fallecido).
2. Servicio o Unidad en donde ha fallecido el paciente.
3. Fecha de fallecimiento.
4. Hora de fallecimiento recogida en el certificado de defunción.
5. Fecha de entrada en velatorios.
6. Hora de entrada en velatorios.
7. Tiempo transcurrido desde la muerte hasta la llegada a velatorios.
8. Fecha de salida de velatorios fuera del hospital.
9. Hora de salida del cadáver de velatorios.
10. Tiempo de espera transcurrido en velatorios.
11. Judicialización o no del caso.
12. Empresa funeraria que realiza el servicio.
13. Varios: cuando el tiempo transcurrido supera las 24 horas de estancia.

Los casos recogidos van desde el **1 de enero de 2007** al **31 de diciembre de 2009**.

Se han completado las fichas dividiendo dos grupos, en el primer grupo se han incluido todos los pacientes fallecidos durante el año **2007**; en el segundo grupo se han incluido los pacientes fallecidos durante los años **2008 y 2009**.

Se rellenó una tabla Excel para cada grupo.

El grupo del **2007** se diferencia del **2008-9** en que el nuevo modelo de gestión afecta sólo al segundo grupo. Es decir toda la protocolización y la implantación de los nuevos circuitos administrativos se realizaron a partir del mes de enero de **2008**.

Criterios de inclusión:

1. Paciente fallecido en el hospital durante su ingreso.
2. Feto o recién nacido fallecido durante el parto o antes de las 24 horas de vida.

Criterios de exclusión:

1. No tener completas todas las variables.
2. No cumplir los criterios de inclusión.

Para el estudio estadístico

- Creación de una base de datos en formato Excel del paquete de Microsoft Office 2003.
- Utilización del Programa
- SPSS v15.

Para la valoración de la satisfacción de los familiares de los pacientes incluidos en el nuevo sistema de gestión:

- Encuesta validada por la Dirección General de Atención al Paciente (Anexo n.º 7).

5.2. Método

- Análisis preliminar de la situación de partida, contemplando todas aquellas oportunidades de mejora.
- Convocatoria de un grupo de trabajo dispuesto a elaborar un protocolo guía de actuación.
- Creación de una Unidad específica capaz de gestionar y poner en marcha el protocolo.
- Recogida de datos, análisis de los mismos con un estudio descriptivo y de comparación de medias, exposición de resultados y conclusiones.

6. Resultados

6.1. Análisis de la situación

A fecha de septiembre de 2007 la ocupación de las cámaras de conservación era del 100%.

En el circuito establecido en el centro están implicados el Personal Subalterno asignado a Velatorios, el Servicio de Admisión y la Unidad de Trabajo Social.

No existiendo un protocolo específico que valore todas las cursos de acción posible ante las diferentes situaciones que se presentan en el día a día.

6.2. Elaboración de un protocolo/guía de actuación ante el fallecimiento de un paciente ingresado en el hospital

En septiembre de 2007 se comenzaron las reuniones de trabajo.

En enero de 2008 se redactó un protocolo preliminar.

6.3. Creación de la unidad de sanidad mortuoria

En enero de 2008 se crea la Unidad de Sanidad Mortuoria (USM) con la aprobación de la Dirección gerencia y Dirección de Gestión del Hospital.

6.4. Puesta en marcha del protocolo

Durante el mes de enero de 2008 se puso en marcha el protocolo de actuación, modificando los circuitos antiguos. El mes de enero sirvió de pilotaje monitorizándose de forma estrecha la resolución de aquellos casos considerados conflictivos, bien por su complejidad social, económica o jurídica.

A partir de esa fecha se generalizó la utilización del mismo modificándose aquellas oportunidades de mejora en reuniones periódicas.

6.5. Envío a domicilio de las encuestas de satisfacción

Durante el mes de febrero de 2010, se enviaron a domicilio de los familiares o allegados de los pacientes fallecidos en el último trimestre de 2009, los modelos de encuestas de satisfacción. En total 288 con un sobre prefranqueado para la devolución de la misma al hospital.

6.6. Recogida de datos

Durante el primer trimestre del año 2010 se han recogido los datos incluidos en la ficha de recogida de los fallecidos durante todo el año 2007, 2008 y 2009.

Los datos se recogen en una ficha y proceden del libro de registro de la Unidad de Sanidad Mortuoria y los certificados de defunción emitidos por los facultativos del hospital.

Las fichas se mecanizaron a una tabla Excel para su posterior análisis.

Durante el mes de marzo de 2010 se realizó el estudio de las encuestas enviadas al domicilio de los familiares o allegados de pacientes ingresados

en nuestro hospital que fallecieron durante su estancia.

6.7. Análisis de los datos

A partir de las tablas Excel se comenzó a principios de 2010 a analizar la información. Se ha realizado un estudio de frecuencias de cada variable. Agrupando la fecha y hora de fallecimiento, entrada en velatorios y salida de velatorios para poder calcular los tiempos de espera.

Se ha realizado un análisis de medias de tiempos de espera.

Se han comparado las medias calculadas.

Se ha calculado el ahorro en términos temporales y económicos.

Se ha calculado el ahorro de personal.

En el grupo del año 2007 se han incluido en el estudio 1.821 casos.

En el grupo del año 2008 se han incluido en el estudio 1.798 casos.

En el grupo del año 2009 se han incluido en el estudio 1.712 casos.

6.7.1. Estudio descriptivo

Casos judiciales

Año 2007	147
Año 2008	156
Año 2009	151

Se ha procedido a agrupar los tiempos de estancia en velatorios en 5 grupos, siendo el primero una estancia menor de 24 horas y el último grupo una estancia mayor de 1 mes.

TABLA 1.

Frecuencia de casos por tiempo de estancia en velatorios

	<24 horas	1-3 días	3-7 días	7-30 días	>30 días	Total
2007	1.731	63	6	11	10	1.821
2008	1.762	14	9	11	2	1.798
2009	1.691	18	1	2	0	1.712

6.7.2. Contraste de variables mediante la prueba de chi cuadrado

TABLA 2.

Tiempos medios de espera desde que fallece el paciente hasta que se registra la entrada de éste en velatorio

Tiempo para entrar en velatorio	Total	Media de espera
Año 2007	1.821	3:45 horas
Año 2008	1.798	2:15 horas
Año 2009	1.712	2:05 horas

No existiendo diferencia significativa en la diferencia de tiempos de espera entre los años 2007, 2008 y 2009.

TABLA 3.

Tiempos medios de espera desde que ingresa el cadáver en velatorios hasta que sale del hospital

Período	Total pacientes	Tiempo de estancia en velatorios
Año 2007	1.821	24 horas y 30 minutos
Año 2008	1.798	6 horas y 56 minutos
Año 2009	1.712	5 horas y 42 minutos

Existiendo una diferencia muy significativa con una $p < 0,01$.

Al realizar una **corrección de valores extremos** filtrando aquellos casos superiores a 30 días.

Se obtienen los siguientes resultados:

Período	Total pacientes	Tiempo de estancia en velatorios
Año 2007	1.821	7 horas y 16 minutos
Año 2008	1.798	6 horas y 17 minutos
Año 2009	1.712	5 horas y 42 minutos

6.7.3. Cálculo de los costes no soportados tras el análisis de los resultados

a) Respecto al consumo eléctrico

La reducción de los tiempos de estancia de los pacientes fallecidos genera menos consumo de electricidad por una menor utilización de las cámaras frigoríficas.

El hospital dispone de **2 Aparatos frigoríficos** (con capacidad para 8 fallecidos cada uno) y **1 aparato congelador** (con capacidad para dos fallecidos). Desde enero de 2008 uno de los aparatos frigoríficos se encuentra desconectado por no ser necesario su uso. El otro aparato frigorífico tiene una ocupación media inferior al 50%.

El consumo medio de uno de los frigoríficos a la hora es de **5 Kw/hora**, cada kilovatio industrial tiene un coste de **0,12 euros**, en un día el consumo es de 0,60 euros por 24 horas= **14,40 euros al día**.

Durante el año 2008 el consumo ahorrado es de **365 días por 14,40 euros** un total de 5.256 euros.

Durante el año 2009 es al menos similar al del 2008 (incrementándose este ahorro por la subida de la tarifa de consumo eléctrico industrial).

b) Respecto a los costes de mantenimiento

El aparato frigorífico desconectado no ha precisado mantenimiento por parte de la empresa encargada.

El aparato frigorífico en uso no ha precisado reparación alguna debido a su falta de sobrecarga lo que permite a su compresor mantener la temperatura ideal con menos esfuerzo.

c) Respecto a la reorganización de personal

Los 6 celadores asignados a la USM en los tres turnos de trabajo no se encuentran físicamente en la zona de velatorios, sino en un reten general realizando labores propia de su cargo. Son avisados cuando se produce un fallecimiento para realizar el traslado y posteriores gestiones.

Los responsables de la USM, llevan a cabo la gestión de su Unidad y además realizan los estudios necrópsicos habituales en el Servicio de Anatomía Patológica.

d) Respecto a los costes no soportados por gastos de sepelio e inhumación

El coste no soportado por el Hospital Clínico en concepto de tasas por inhumaciones de carácter

social es de 14 fallecidos por 1.596 euros con un total de ahorro de **22.344 euros**.

6.7.4. Resultados de la encuesta de satisfacción

a) Metodología. Ficha técnica

- **ÁMBITO DE ESTUDIO:** Usuarios del Hospital Clínico San Carlos del Área 7 de la Comunidad de Madrid
- **POBLACIÓN DIANA:** Todos los representantes autorizados de los pacientes fallecidos en el HCSC.
- **MUESTRA:** Los 288 pacientes fallecidos en el hospital en el período de estudio
- **Período DE ESTUDIO:** Del 1 de octubre de 2009 a 31 de diciembre de 2009
- **METODOLOGÍA DE ESTUDIO:** La encuesta se envió por correo postal al domicilio de los pacientes fallecidos incluidos en la muestra según los datos recogidos en el sistema informático del hospital (HP-HIS).
- Una vez cumplimentada por el familiar o allegado, ha sido remitida al apartado de correos del hospital indicado en el sobre franqueado que se incluye en el envío.
La encuesta ha sido aprobada por la Consejería de sanidad.
- **ANÁLISIS DE RESULTADOS:** Los resultados se han analizado según hoja de cálculo Excel 2003. Las variables descriptivas se presentan en forma de proporciones cuando se trate de variables cualitativas y en forma de medias y desviaciones estándar en las variables cuantitativas. El análisis ha sido llevado a cabo por la Unidad de calidad.

b) Resultados de encuesta de satisfacción de facultativos

b.1) Perfil de los encuestados

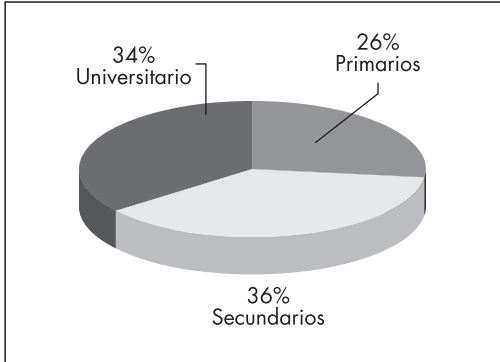
Se ha obtenido una **tasa de respuesta** del **20%** (54/288).

El **66,6%** de las personas que han respondido a la encuesta son mujeres (36/54), el **33%** restante (18/54) son hombres.

La distribución del nivel de estudios y la ocupación se presentan en los gráficos 1 y 2.

GRÁFICO 1.

Distribución del nivel de estudios entre los encuestados (n = 53)

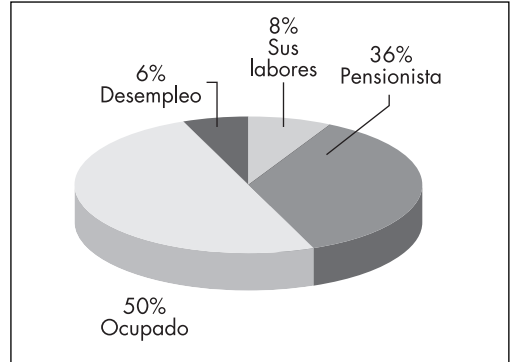


El 98% de los encuestados (53/54) han nacido en España, solo en 1 caso refiere como lugar de nacimiento otro país (Grecia).

En 52 casos (96,3%) las personas que responden a la encuesta, refieren no haber tenido necesidad de usar los servicios de la Unidad de Sanidad Mortuoria (en adelante USM) en el último año.

GRÁFICO 2.

Distribución del nivel de ocupación entre los encuestados (n = 52)



b.2) Resumen de los resultados

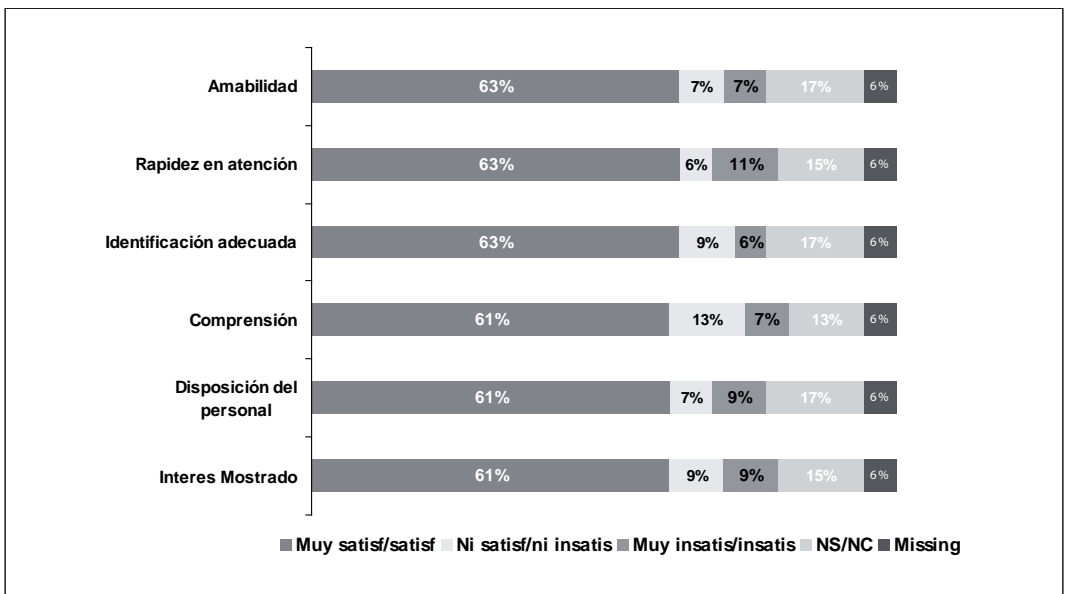
Satisfacción global con la unidad de sanidad mortuoria

Lo mejor valorado

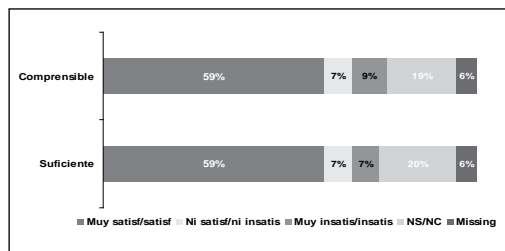
1. La amabilidad de los profesionales de la USM.
2. La rapidez de atención.
3. La identificación de los profesionales.

b.3) Gráficos (todos los resultados se presentan el porcentaje)

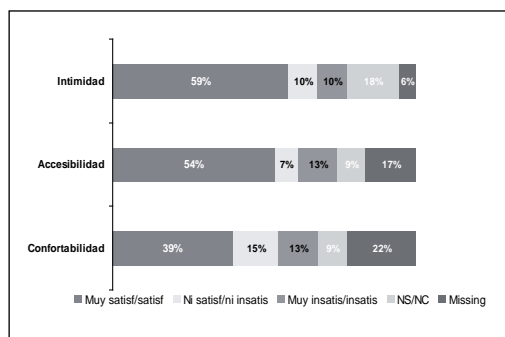
b.3.1) SATISFACCIÓN CON LOS PROFESIONALES DE LA USM



¿3.2) Satisfacción con la información recibida en la USM



¿3.3) Satisfacción con las instalaciones de la USM



7. Discusión

Por parte de la Dirección de Gestión del Hospital Clínico existía cierta preocupación por el manejo de los pacientes fallecidos que permanecen durante un tiempo excesivo en nuestras instalaciones y que generan problemas de índole médico-legal y producen un colapso en la ocupación de las cámaras frigoríficas instaladas en el área de velatorios.

Además los familiares y allegados de los pacientes fallecidos realizaban una serie de gestiones administrativas en un momento de gran impacto emocional.

El Coordinador de personal subalterno se hizo cargo de la gestión de los pacientes fallecidos desde agosto de 2007, expresando en múltiples ocasiones la posible mejora del manejo que se realizaba y de las barreras con las que se encontraba en la gestión de cada caso.

Con todos los agentes implicados en el manejo del paciente fallecido se organizó un grupo de trabajo que elaboró un protocolo conciso, contemplando todos aquellos aspectos legales que pueden afectar al manejo de los pacientes fallecidos.

El grupo identificó todas aquellas situaciones potencialmente generadoras de algún conflicto ético o legal, para poder establecer dentro de los circuitos propuestos, las soluciones más factibles dependientes de la propia institución, o habilitar otros cursos de acción dependientes de agentes externos.

Se consensuaron los circuitos más idóneos, sobretodo para aquellas situaciones conflictivas que más problemas pudieran plantear para conseguir resolver la salida definitiva de los cadáveres de nuestras instalaciones.

Se analizaron aquellos aspectos legislativos, normativos y reglamentarios relacionados con el manejo de cadáveres o restos humanos de nuestro ordenamiento y de nuestro entorno sociocultural.

Tras la edición definitiva del **PROTOCOLO/GUÍA DE ACTUACIÓN ANTE EL FALLECIMIENTO DE UN PACIENTE INGRESADO EN EL HOSPITAL** se aprobó por la Dirección Gerencia y Dirección de Gestión y Recursos Humanos del Hospital.

La implantación del protocolo se llevó a cargo por una Unidad Hospitalaria capaz de gestionar el nuevo modelo y de mejorar de forma continua la efectividad y eficiencia de los circuitos propuestos.

Se reconvierte por lo tanto la antigua Unidad de Velatorios en la nueva **Unidad de Sanidad Mortuoria (USM)**, término más acorde con la política de la Consejería de Sanidad y que responde mejor a los fines que persigue. Existe en la Dirección General de Ordenación e Inspección un Departamento denominado Sanidad Mortuoria con la siguiente cartera de servicios:

- La clasificación sanitaria de los cadáveres.
- La regulación de toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres y restos cadavéricos.
- Las condiciones técnico-sanitarias que han de cumplir las empresas funerarias, instalaciones y servicios funerarios; tanatorios, cementerios, crematorios y demás lugares de enterramiento; vehículos fúnebres y féretros.
- La función inspectora y la potestad sancionadora, para el caso de incumplimiento de la normativa vigente sobre la materia.
- La concesión de las autorizaciones sanitarias previstas en el Reglamento de Sanidad Mortuoria, en especial:
 - Traslados de cadáveres.
 - Exhumaciones.
 - Instalación para la construcción, ampliación y reformas de cementerios, así como la de funcionamiento posterior.

- La acreditación del personal apto para ejercer las funciones de preparación, tratamiento, conservación y embalsamamiento de cadáveres.
- La homologación de medios materiales y productos sanitarios para la prestación de servicios funerarios, así como materiales constructivos funerarios.
- Todas aquellas actividades que, por razón de la materia, puedan quedar dentro del ámbito de regulación del Reglamento.
- La extracción, con fines terapéuticos, de órganos u otras piezas anatómicas procedentes de cadáveres deberá realizarse de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal aplicable.
- Las autopsias judiciales deberán realizarse de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal vigente.

A la USM se asignan dos técnicos procedentes del Departamento de Anatomía Patológica. Este personal tiene la formación y la experiencia para poner en práctica aquellos procedimientos de gestión relacionados con el nuevo protocolo de actuación ante el fallecimiento del paciente ingresado. Los técnicos asignados a la Unidad de Sanidad Mortuoria realizan las labores de control de los procedimientos administrativos aumentando la eficiencia del proceso, sin dejar de atender las autopsias clínicas requeridas por los facultativos del Servicio de Anatomía Patológica durante los 365 días del año.

Además se designan aquellos celadores que habitualmente realizarán tareas incluidas en los circuitos del protocolo del paciente que fallece en el hospital. En definitiva se dota a la Unidad de 6 celadores que trabajan en los tres turnos de trabajo. Estos no se encuentran físicamente en la zona de velatorios, sino que se encuentran en un pool general y se les avisa por buscapersonas para realizar las gestiones de los fallecidos. La situación de partida era que permanecían a tiempo completo en la zona de velatorios. Con la reorganización actual y desde la implantación del modelo de gestión este personal realiza otras labores propias de su cargo en otros servicios y unidades del centro, solicitándose su actuación cuando se produce un fallecimiento en algún servicio.

Respecto a los resultados del presente trabajo, Se ha incrementado el número de fallecidos que tienen una estancia menor de 24 horas de forma muy significativa, también se ha reducido el número de fallecidos que permanecen de 1 a 3 días, el de 3 a 7 días y ha desaparecido el grupo de pacientes fallecidos que permanecen en las instalaciones más de 30 días.

El tiempo medio de espera durante el período del año 2008 respecto al año 2007, se ha reducido de 7 horas y 16 minutos a 6 horas y 17 minutos, es decir un 13,54% (teniendo en cuenta que se han retirado del análisis aquellos casos extremos que producían una estancia media en conjunto de más de 24 horas).

En el año 2009 el tiempo medio de espera se ha reducido otro 9,29% respecto al año 2008 (si consideramos la reducción de tiempo medio respecto al año 2007 sería de un 21,56%).

Con el nuevo protocolo de manejo de los pacientes fallecidos y las nuevas alianzas institucionales se ha conseguido gestionar aquellos pacientes sin recursos sin coste alguno para el hospital. En total sumando los pacientes con estos criterios fallecidos en 2007 más los casos aparecidos durante el 2008 se han incluido en el circuito **14 pacientes**.

El coste medio de un sepelio utilizando las tasas que se aprueban en el BOCM (4) es de **1.596 euros**, lo que ha liberado al centro de un importante desembolso anual.

El nuevo sistema de gestión ha sido aceptado por los profesionales implicados y por los órganos directivos, dando protagonismo a todos los estamentos participantes y demostrando ser un sistema efectivo y eficiente, esto último de cierta relevancia en época de crisis económica. Los recursos humanos aportados ya existían orgánicamente por lo que no ha supuesto un incremento de plantilla, simplemente se ha realizado una reasignación de tareas y responsabilidades.

8. Conclusiones

Primera. La creación de un grupo de trabajo multidisciplinar ha conseguido consensuar un protocolo/guía de actuación ante el fallecimiento de un paciente en el hospital. El protocolo de actuación y sus procedimientos internos asegura a los profesionales implicados un marco de actuación ágil y seguro desde el punto de vista jurídico y administrativo, además resuelve el 100% de las situaciones conflictivas con determinados cadáveres.

Segunda. La gestión integral del paciente fallecido contempla aspectos clínicos, sociales y económicos. Agiliza los trámites a los familiares y allegados, elimina barreras administrativas y favorece la salida de los fallecidos del centro hospitalario, hecho muy agradecido por los usuarios.

Tercera. La creación de la Unidad de Sanidad Mortuoria ha supuesto el engranaje clave como herramienta del Servicio de Medicina Legal para in-

crementar la calidad y seguridad de la gestión del paciente fallecido en el hospital. La implantación de un nuevo sistema de gestión del paciente fallecido reduce los tiempos de estancia, los gastos directos de mantenimiento y los gastos de personal. Contando con recursos humanos especializados en el manejo de cualquier situación.

Cuarta. Facilitar una optimización de los recursos materiales y humanos que el Hospital dedica a la conservación y gestión de los cadáveres; y que los familiares de los pacientes fallecidos mejoren su satisfacción y perciban una mejor organización en el sistema sanitario.

La mejora de los procesos y circuitos reduce tiempos de espera en el área de velatorios y aumenta la eficiencia en la gestión, pudiéndose cuantificar el ahorro en costes directos.

9. Bibliografía

- (1) Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria. BOCM 16 de octubre de 1997, corrección de errores BOCM 13 de febrero y 21 de mayo de 1998.
- (2) Orden del Ministerio de Justicia del 24 de diciembre de 1958 por la que se dan distintas normas concernientes a la puesta en vigor de la Ley de registro Civil de 8 de junio de 1957.
- (3) Villanueva Cañadas E. «Medicina legal y toxicología» Gisbert Calabuig 6ª ed. Masson 2004.
- (4) Normas para la tramitación de expedientes de abono de los servicios funerarios gratuitos de carácter social en el municipio de Madrid. BOCM nº 128. Dirección de Servicios de Organización y Régimen Jurídico.
- (5) 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. BOE núm. 274 del 15 de noviembre de 2002.
- (6) Arimany Manso, J. Barbería Marcalain, E. Rodríguez Sendín, J.J. «El nuevo certificado médico de defunción» *Rev. Esp. Med. Legal.* 2009; 35 (1): 36.
- (7) Real decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas.
- (8) Ley 29/1980, De 21 De Junio, de autopsias clínicas.
- (9) Monzón Muñoz FJ, Blasco Gil RM «¿Autopsia Clínica en atención primaria?» Atención primaria Vol. 18 num.1, 15 junio 1996.
- (10) Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE num.298 del martes 14 de diciembre de 1999.
- (11) Ley De Enjuiciamiento Criminal (Gaceta nº 260, 17 septiembre 1882 a Gaceta nº 283, 10 octubre 1882).
- (12) Orden del Ministerio de la Gobernación de 31 de octubre de 1932 sobre Depósitos de cadáveres.
- (13) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- (14) Real decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, de regulación de las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.
- (15) Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- (16) Decreto 2263/1974 de 20 de julio de Policía Sanitaria y Mortuoria.
- (17) Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.
- (18) Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.
- (19) Real Decreto-Ley 7/1996 de 7 de junio sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.
- (20) Orden de 11 de febrero de 1986, de la Consejería de Salud y Bienestar Social.
- (21) Decreto 146/1985, de 12 de diciembre, de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios.
- (22) Orden 771/2008, de 31 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se regula la realización de prácticas de tanatopraxia en la Comunidad de Madrid.
- (23) Directiva 123/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior.

10. Anexos

Anexo 1. Nuevo modelo de impreso de Certificado Médico de Defunción

OMC ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIADA		CERTIFICADO MÉDICO DE DEFUNCIÓN	
Colegio de _____		00000000	
		Nº Certificado	
CLASE 3ª - SERIE A.	D. / Dña. _____		
	en Medicina y Cirugía, colegiado/a en _____, con el número _____		
	y con ejercicio profesional en _____		
CERTIFICO la defunción de			
Nombre del fallecido/a: _____			
1º Apellido del fallecido/a: _____			
2º Apellido del fallecido/a: _____			
Fecha de nacimiento		Día	Mes
		_____	_____
Sexo:		Varón	Mujer
		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Documento de identidad:		D.N.I. Número: _____	_____
		Pasaporte Número: _____	_____
		N.I.E. (Tarjeta de Residencia) Número: _____	_____
Hora y fecha de la defunción		Hora : minutos	Día
		_____ : _____	_____
		Mes	Año
		_____	_____
¿En qué lugar ocurrió la defunción?			
Domicilio particular		Centro hospitalario	Residencia socio-sanitaria
		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
		Lugar de trabajo	Otro lugar
		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Causas de defunción (ver instrucciones al dorso)			
			Intervalo de tiempo aproximado ¹
I. Causa inmediata ²			
(a) _____			
			Horas
			Días
			Meses
			Años
Causas antecedentes ³			
(b) _____			
			Horas
			Días
			Meses
			Años
Causa inicial o fundamental ⁴			
(d) _____			
			Horas
			Días
			Meses
			Años
II. Otros procesos ⁵			

			Horas
			Días
			Meses
			Años
¿Ha habido indicios de muerte violenta?		¿Se practicó autopsia?	
Sí <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/>		Sí <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/>	
¿La defunción ha ocurrido como consecuencia directa o indirecta de?: (marcar si procede)			
Accidente de tráfico		Fecha del mismo: Día	
<input type="checkbox"/>		_____	
Accidente laboral		Mes	
<input type="checkbox"/>		_____	
		Año	

En _____, a _____ de _____ de _____		Firma del médico	

1 2 3 4 5 (ver instrucciones al dorso)			
Mod. CMD-BED			
01			

Instrucciones básicas de Certificación:

La OMS recomienda que en la cumplimentación de las causas de defunción se comience por la **causa Inmediata** y se termine por la **causa Inicial o fundamental**, es decir, en un orden natural de arriba hacia abajo, respondiendo a las palabras "debido a" que facilitan la comprensión del concepto de **secuencia lógica**, tan importante para la selección de la Causa Básica de Defunción

Causa básica de defunción: "Enfermedad o lesión que inició la cadena de acontecimientos patológicos que condujeron directamente a la muerte, o las circunstancias del accidente o violencia que produjo la lesión fatal"

1 Intervalo de tiempo aproximado

Anotar el intervalo aproximado (horas o días o meses o años) entre el comienzo de cada afección y la fecha de la defunción. Estas unidades son mutuamente excluyentes, es decir, tan solo hay que rellenar una por proceso

Nota: Cada unidad de tiempo admite hasta el número 99

Ejemplo:

Para mas y medio, anotar 45 días

Horas	4	5	Meses	Años
-------	---	---	-------	------

Parte I

2 Causa inmediata:

(a) Indicar la enfermedad o estado patológico que produjo la muerte directamente. No se trata de indicar las modalidades de la muerte, sino la enfermedad, el traumatismo o la complicación causante del fallecimiento

Ejemplo: (a) Hemorragia cerebral

debido a

Horas	3	Días	Meses	Años
-------	---	------	-------	------

3 Causas antecedentes:

(b) y (c) Estados morbosos, si existiera alguno, que produjeron la causa arriba indicada

Si el estado patológico señalado en la línea (a) fue consecuencia de uno o más estados morbosos, se anotarán en la línea (b) o en las líneas (b) y (c)

Ejemplo: (b) Hipertensión arterial

(c) Pielonefritis crónica

debido a

Horas	Días	Meses	Años	2
Horas	Días	Meses	Años	2

4 Causa inicial o fundamental:

(d) Enfermedad o lesión que inició los hechos anteriormente mencionados que condujeron a la muerte. Se anotará una única causa, la que haya sido desencadenante de todo el proceso que ha llevado a la defunción. En caso de accidente o violencia, se hará una breve descripción de las circunstancias

Ejemplo: (d) Adenoma prostático

Horas	Días	Meses	Años	5
-------	------	-------	------	---

Parte II

5 Otros procesos:

Otros estados patológicos significativos que contribuyeron a la muerte, pero no relacionados con la enfermedad o estado patológico que la produjo

Ejemplo: Diabetes

Horas	Días	Meses	Años	1	0
-------	------	-------	------	---	---

Otras recomendaciones

1. Utilizar mayúsculas y preferentemente bolígrafo de tinta negra
2. Evitar abreviaturas y/o siglas
3. Certificar enfermedades y síndromes sin ambigüedades
4. Si fuera preciso anotar más de una enfermedad en cada apartado, sepárelas claramente por comas
5. Evitar certificar entidades mal definidas, signos y síntomas





Estadística del Movimiento Natural de la Población

Boletín Estadístico de Defunción

1. Datos de la defunción y del fallecido/a

A rellenar por los familiares o personas obligadas por la ley a declarar la defunción o, en su defecto, por el Encargado/a del Registro Civil

1.1 ¿Cuál era la nacionalidad del fallecido/a? Española Extranjera. Indique el país:
País:

1.2 ¿Dónde nació el fallecido/a? En España. Indique la provincia y el municipio donde nació:
Provincia:
Municipio:
 En el extranjero. Indique el país:

1.3 ¿Dónde residía el fallecido/a? En España. Indique la provincia y el municipio donde residía habitualmente:
Provincia:
Municipio:
 En el extranjero. Indique el país:

1.4 Domicilio en España: Tipo de vía:
Nombre vía:
Código postal: Número: Portal: Bloque:
Escalera: Planta: Puerta:

1.5 ¿Cuál era el estado civil del fallecido/a? Soltero/a Casado/a Viudo/a Separado/a legalmente o divorciado/a

1.6 ¿Cuál era la profesión, oficio u ocupación principal del fallecido/a? Marque la casilla del grupo más adecuado y descríballo en la última línea

- | | | |
|---|---|---|
| <input type="checkbox"/> Fuerzas armadas | <input type="checkbox"/> Trabajadores de los servicios de: restauración, personales, protección y vendedores de comercios | <input type="checkbox"/> Estudiantes |
| <input type="checkbox"/> Dirección de las empresas y de las administraciones públicas | <input type="checkbox"/> Trabajadores cualificados en la agricultura y en la pesca | <input type="checkbox"/> Personas que realizan o comparten las tareas del hogar |
| <input type="checkbox"/> Técnicos y profesionales científicos e intelectuales | <input type="checkbox"/> Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras, la construcción y la minería, excepto los operadores de instalaciones y maquinaria | <input type="checkbox"/> Pensionistas/rentistas (En este caso, marque también la casilla del grupo correspondiente a la profesión, oficio u ocupación ejercida anteriormente y descríballo) |
| <input type="checkbox"/> Técnicos y profesionales de apoyo | <input type="checkbox"/> Operadores de instalaciones y maquinaria y montadores | |
| <input type="checkbox"/> Empleados de tipo administrativo | <input type="checkbox"/> Trabajadores no cualificados | <input type="checkbox"/> Parados/es |

Descripción de la profesión, oficio u ocupación principal

2. Datos de la inscripción. A rellenar por el Encargado/a del Registro Civil

2.1 Registro Civil nº: Provincia:

Municipio:

Fecha de inscripción: Día Mes Año Tomo Página Vuelta

Sello del Registro Civil



Los datos recogidos en el Libro de Inscripción de Defunciones del Registro Civil que figuren tanto en el Certificado Médico de Defunción como en el Boletín Estadístico serán transmitidos a los Ayuntamientos para dar de baja al fallecido en el Padrón Municipal de Habitantes (artículo 64 del Reglamento de Población y Delineación Territorial de las Entidades Locales) y en el Censo Electoral.

Asimismo podrán ser transmitidos a los organismos públicos que lo soliciten para actualizar sus registros administrativos (Encomienda de gestión de la Secretaría de Estado de Justicia al Instituto Nacional de Estadística en materia de transmisión de datos informatizados de las inscripciones de defunciones practicadas en los Registros Civiles).

Naturaleza, características y finalidad

El Movimiento Natural de la Población es el recuento de los nacimientos, matrimonios y defunciones que se producen en el territorio español en un año determinado.

Legislación

Los Encargados del Registro Civil remitirán al Instituto Nacional de Estadística, a través de sus Delegaciones, los boletines de nacimientos, abortos, matrimonios, defunciones u otros hechos inscribibles (art. 20 del Reglamento de la Ley del Registro Civil).

Secreto Estadístico

Serán objeto de protección y quedarán amparados por el **secreto estadístico** los datos personales que obtengan los servicios estadísticos, tanto directamente de los informantes como a través de fuentes administrativas (art. 13.1 de la Ley de la Función Estadística Pública de 9 de mayo de 1989 (LFEP)). Todo el personal estadístico tendrá la obligación de preservar el secreto estadístico (art. 17.1 de la LFEP).

Obligación de facilitar los datos

La Ley de la Función Estadística Pública establece la **obligación de facilitar los datos** que se solicitan para la elaboración de esta Estadística.

Los servicios estadísticos podrán solicitar datos de todas las personas físicas y jurídicas nacionales y extranjeras, residentes en España (art. 10.1 de la LFEP).

Todas las personas físicas y jurídicas que suministren datos, tanto si su colaboración es obligatoria como voluntaria, **deben contestar de forma veraz, exacta, completa y dentro del plazo** a las preguntas ordenadas en la debida forma por parte de los servicios estadísticos (art. 10.2 de la LFEP).

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley, en relación con las estadísticas para fines estatales, **será sancionado** de acuerdo con lo dispuesto en las normas contenidas en el Presente Título (art. 48.1 de la LFEP).



000360025



Anexo 2. Recomendaciones de los colegios de médicos sobre cumplimentación del certificado de defunción

NUEVO CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN

- × En vigor desde el 1/1/09. Puede coexistir con el modelo viejo hasta que estos se agoten.
- × Es fruto del consenso entre los Ministerios de Justicia y de Sanidad, la O.M.C. y el Instituto Nacional de Estadística.
- × Unifica en el mismo impreso el Certificado Médico de Defunción (CMD) y el Boletín Estadístico de Defunción (BED).
- × Al ser un modelo nuevo soluciona problemas anteriores pero plantea dudas sobre su idoneidad. En el plazo de un año, antes de hacer una nueva impresión, se procederá a valorar las sugerencias que se hayan presentado. En caso de querer aportarlas podéis hacerlo en este I.C.O.M. que las trasladará a la OMC.
- × El médico debe rellenar exclusivamente la primera página (CMD), no siendo de su competencia la segunda (BED).
- × No hay apartado de "OBSERVACIONES".
- × Tampoco contempla la posibilidad de que no se disponga en el momento de certificar del DNI del finado.
- × No hay que recoger todos los datos del lugar en donde falleció, sino que queda muy difuso (Domicilio particular, Hospital,). Lo que realmente interesa al Registro y al INE es la localidad. Por ello al pie de página hay que poner esa localidad, no la de cabecera del Centro de Salud.
- × Los intervalos de tiempo aproximados se pondrán siempre que se conozcan. Pueden tener valor de cara a futuros planes de salud.
- × El apartado "¿Se practicó autopsia?" se refiere a Autopsia Clínica, no a la Judicial, en cuyo caso es competente sólo el Médico Forense. A él corresponden también las muertes violentas o con indicios de criminalidad.
- × El apartado "La muerte ha sido consecuencia directa o indirecta de accidente de tráfico o accidente laboral", obviamente no se refiere a causa inmediata, pues también sería competencia del forense. Se refiere a situaciones antiguas que a la larga han influido en la muerte, y que muchas veces el Médico puede tener en cuenta. Hay connotaciones de tipo legal

(seguros, etc). Al tener que contestar con una X en la casilla y no con Sí/No, para evitar falsificaciones una vez firmado, recomendamos que se tachén con una raya ambas preguntas en caso de ser negativo.

DECÁLOGO

1. **Utilizar mayúsculas y preferentemente bolígrafo de tinta negra.**
 - ◊ Se debe escribir con letras mayúsculas, utilizando una casilla para cada letra, con ello facilitará la finalidad de este nuevo diseño, que es optimizar el reconocimiento de textos por OCR. Por otra parte, este documento lo deberán procesar (depuración del OCR), personas que en general no pertenecen al colectivo sanitario.
2. **Utilizar información real.**
 - ◊ Sólo se deberán declarar aquellas causas de muerte de las que tengamos conocimiento. No se deberán incluir causas supuestas.
3. **Evitar abreviaturas, siglas y signos ortográficos, distintos de la coma.**
 - ◊ Evitar las abreviaturas y las siglas ya que pueden crear confusión. Por ejemplo la abreviatura IRA, sin otras patologías que nos ayuden en la identificación, puede tratarse de una insuficiencia renal aguda o de una insuficiencia respiratoria aguda. TP puede ser trombosis profunda, trombosis pulmonar o tuberculosis pulmonar, entre otras.
 - ◊ Sustituir interrogaciones con términos como "probable". Ejemplo: ¿metástasis cerebral? por "probable metástasis cerebral". En general debe anotar una sola enfermedad por causa, pero puede darse la circunstancia de que en los apartados I.(b), I.(c) "Causas antecedentes" y en II. Otros procesos, anote más de una, en estos casos sepárelas claramente por comas.
4. **Describir la secuencia lógica de patologías.**
 - ◊ El término "secuencia" se refiere a dos o más afecciones o acontecimientos anotados en líneas sucesivas de la Parte I del Certificado Médico de Defunción, en la cual cada afección o

acontecimiento es una causa aceptable de la registrada en la línea superior a ella.

5. Certificar una única causa fundamental.

- Se ha de hacer constar una única causa, que según el criterio del médico certificador es la desencadenante de todo el proceso que ha llevado a la defunción.
- En enfermos con pluripatología, será difícil determinar cual de las enfermedades que padece ha sido la desencadenante de la muerte, en estos casos, debe ser el criterio médico el que dictamine de entre todas, aquella que con mayor probabilidad pudo ser la que desencadenó el proceso y la anote como causa fundamental de la muerte.

6. Certificar enfermedades y síndromes sin ambigüedades.

7. Evitar certificar entidades mal definidas como causa fundamental.

8. Evitar certificar signos y síntomas.

9. Evitar al máximo certificar mecanismos (diagnósticos) de muerte.

- Por ejemplo: paro cardíaco, parada cardio-respiratoria, midriasis areactiva o livideces cadavéricas. La declaración de estas formas de muerte se debe a diversas razones: i) consideración del paro cardíaco como una verdadera causa de muerte y no como una forma de morir; ii) consideración del paro cardíaco como un término equivalente a la muerte súbita; iii) no hacer sinónimo de muerte repentina a muerte súbita.

10. Cumplimentar personalmente el Certificado Médico de Defunción/Boletín Estadístico de Defunción (CMD/BED), el médico certificador tiene obligación de informar la hoja 1 del documento, firmándola y haciendo constar el número de colegiado.

Anexo 3. Documento de autorización de autopsia clínica



Hospital Clínico San Carlos

Comunidad de Madrid

Anverso del documento

PERMISO DE AUTOPSIA

Madrid a ___ de _____ de _____

D/Dª _____

CON D.N.I. Nº _____ Y FAMILIAR (indicar grado de parentesco)

_____ DEL FALLECIDO _____

AUTORIZO SEA PRACTICADA AUTOPSIA: TOTAL, PARCIAL: _____ O

ECOPSIA PARA ESTABLECER LAS CAUSAS DE SU FALLECIMIENTO OCURRIDO EN EL

SERVICIO DE _____ DEL

HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS.

FIRMADO: _____

El resultado de la autopsia deberá enviarse a D/Dª _____
con teléfono ___ / _____ y
domicilio en _____

Reverso del documento

INFORME PARA EL ANATOMOPATÓLOGO

(RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA)

SERVICIO DE _____

MÉDICO ENCARGADO DEL CASO: _____

NOMBRE DEL ENFERMO: _____

_____ EDAD _____

ESTADO _____ PROFESIÓN _____ Nº Hª Clínica _____

_____ ANTECEDENTES FAMILIARES _____

ANTECEDENTES PERSONALES _____

ENFERMEDAD ACTUAL: _____

DIAGNÓSTICO CLÍNICO Y PROBABLE CAUSA DE MUERTE: _____

Madrid a _____ de _____ de _____

EL MÉDICO,

Anexo 4. Parte judicial de defunción



Hospital Clínico San Carlos

Comunidad de Madrid

Anverso del documento

PARTE JUDICIAL DE FALLECIMIENTO

D/Dª _____

MÉDICO DEL SERVICIO DE _____

DEL HOSPITAL CLÍNICO SAN CARLOS, CON Nº DE PERSONAL _____ Y

Nº DE COLEGIADO _____.

PARTICIPA QUE _____

INGRESADO EN ESTE SERVICIO DESDE EL DÍA _____

(INFORME CLÍNICO AL DORSO) CON PARTE JUDICIAL, HA FALLECIDO A LAS

_____ HORAS DEL DÍA _____.

Y PARA QUE CONSTE A LOS EFECTOS OPORTUNOS FIRMO EL PRESENTE A LAS

_____ HORAS, DEL DÍA _____.

ILMO. SR. MAGISTRADO JUEZ DEL JUZGADO DE INSTRUCCION DE GUARDIA,
MADRID.

Anexo 5. Cesión del cadaver para ciencia e investigación

Hospital Clínico San Carlos

**AUTORIZACIÓN DE CESIÓN DEL CADÁVER PARA
DOCENCIA E INVESTIGACIÓN**

D. _____
 de _____ años de edad, natural de _____
 provincia de _____ con DNI _____ y con domicilio
 habitual en _____

DECLARO POR LA PRESENTE MI DECISIÓN Y DESEO DE LEGAR EL
 CADÁVER DE MI _____
 AL DEPARTAMENTO DE ANATOMÍA Y EMBRIOLOGÍA II DE LA
 FACULTAD DE MEDICINA Y AL JEFE DE SERVICIO DE ANATOMÍA
 PATOLÓGICA DEL HOSPITAL CLINICO DE MADRID, para hacer estudio
 postmortem, así como para la enseñanza y la investigación.

Madrid a _____ de _____ de _____

Por la presente, la Cátedra de Anatomía y Embriología II de la Facultad
 de Medicina y el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Clínico de
 Madrid, se comprometen una vez notificado el fallecimiento a realizar
 los estudios científicos adecuados y guardar las preparaciones
 pertinentes.

Madrid a _____ de _____ de _____

Anexo 6. Instrucciones para donar el cadaver

INFORMACIÓN REFERENTE A LA DONACIÓN DEL CUERPO PARA LA CIENCIA MÉDICA. DEPARTAMENTO DE ANATOMÍA Y EMBRIOLOGÍA HUMANA I. SOCIEDAD ANATÓMICA ESPAÑOLA.

LA DONACIÓN DE UN CUERPO

Toda persona mayor de edad puede donar su cuerpo. Si Vd. desea ser donante debe ponerse en contacto con el Departamento de Anatomía y Embriología Humana I de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid (teléfono: 913941374; correo electrónico: secanat1@med.ucm.es). La edad del donante no es ningún problema pero dado que el estudio anatómico se basa esencialmente en el estudio de la forma y estructura normal del individuo, existen una serie de condiciones que imposibilitan la utilización del cuerpo para su estudio y pueden excluir su aceptación:

- 1) Muerte violenta, por accidente o exista intervención judicial, necesitándose un estudio post-mortem para determinar las causas de la muerte (autopsia).
- 2) La retirada de diferentes órganos para su trasplante (exceptuando los ojos).
- 3) Amputación de extremidades.
- 4) Cirugía extensa.
- 5) Gran obesidad o emaciación (adelgazamiento morboso).
- 6) Haber padecido una enfermedad infectocontagiosa de alto riesgo (Hepatitis B/C, síndrome de inmunodeficiencia adquirida - VIH -, encefalopatía espongiiforme, tuberculosis, gangrena ... y otras enfermedades infecciosas de alto poder de contagio).

La donación debe ser hecha formalmente a través de un impreso en el que se declara la autorización para la donación de su cuerpo una vez fallecido, para el estudio e investigación anatómica, firmado por el donante y dos testigos, adjuntando tanto el donante como los testigos copia del DNI. Este impreso le será remitido por correo, debiendo rellenarse por duplicado y enviar una copia (se adjunta sobre franqueado) al Departamento de Anatomía y Embriología Humana I (dirección postal: Departamento de Anatomía y Embriología Humana I, Facultad de Medicina, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid).

La decisión de la donación debe comunicarse a los familiares y/o amigos, y/o personal del centro sanitario, en caso de hospitalización, para que estos puedan notificar el fallecimiento con la mayor brevedad posible (los datos de contacto figuran en el carné de donante).

Las personas que sean potenciales donantes de órganos y que además deseen donar su cuerpo para el estudio anatómico deben dejar instrucciones claras al efecto, de que si sus órganos han sido rechazados para tal fin no tienen objeción de que su cuerpo sea donado al Departamento de Anatomía y Embriología Humana I, ya que la donación de órganos es incompatible con la donación de cuerpo.

TRAMITACIÓN Y COSTES

Todos los trámites necesarios y los costes derivados de la donación correrán a cargo del Departamento de Anatomía y Embriología Humana I.

INSTRUCCIONES GENERALES

Es muy importante que la notificación de la muerte de un donante sea comunicada lo más pronto posible para dar la confirmación de su aceptación.

La aceptación del donante por el Departamento de Anatomía y Embriología Humana I necesita del certificado de defunción por duplicado.

Es imprescindible que junto a la documentación de la donación se adjunte una informe detallado de la historia clínica del fallecido. No habrá posteriores comunicaciones entre el Departamento de Anatomía y Embriología Humana I y los familiares del donante una vez las formalidades de donación hayan concluido.

El Departamento de Anatomía y Embriología Humana I, receptor del donante fallecido, es responsable de su preservación, cuidado y seguridad hasta que sus restos hayan sido enterrados o incinerados.

Si el fallecimiento ocurre fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid, pueden ponerse en contacto con el Departamento de Anatomía o de Ciencias Morfológicas de la Facultad de Medicina más próxima, donde le atenderán igual que en la de Madrid.

Todos los años el Departamento de Anatomía y Embriología Humana I realizará un acto interno y anónimo en agradecimiento a la última voluntad del donante.

TELEFONOS Y HORARIOS DE CONTACTO

Laborables de 8 a 20 horas: teléfono – 91 3941374 (fuera de este horario un contestador automático le indicará los pasos a seguir).

Festivo o fin de semana: Contacten@con

- Interfunerarias T.F. 91/524-24-24

- Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid T.F. 91/510-81-00

Anexo 7. Listado de funerarias autorizadas en la Comunidad de Madrid a fecha de abril de 2010

Funerarias Inscritas en el Registro de la Consejería de Sanidad

FUNERARIA	DIRECCIÓN	C.P.	LOCALIDAD	TELÉFONO FAX
Actividades y Servicios Empresariales y Financieros, S.L. - ASEF, S.L.-	Camino de los Abedinos, s/n	28914	Leganés	916931431 916930112
Almoguera - Gómez Servicios y Asistencia, S.A. - ALGOMSA-	Monte Tabor, 1 c/v Humanes	28980	Parla	916050814 916055639 916985751 916981993
D & B Complutense, Servicios Funerarios Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.	Fresno del Torote, 3, Esquina Reyes Magos	28806	Alcalá de Henares	918300695 918300664
Servicios Funerarios Montero, S.A.	C/ Salvador Madariaga, 11	28017	Madrid	915108200 915108284
Funeraria Carla, S.L.	Cº del Cementerio, s/n	28905	Getafe	916011590 916802648
Funeraria Cervantina, S.L.	Carretera de Ávila, 5	28680	San Martín de Valdeiglesias	918611730 918611730
Servicios Funerarios Colmenar de Oreja Funeraria Francisco Sandalio Sánchez González	Vía Complutense, 79 C/ Paulina Fernández Sevilla, 15	28805 28380	Alcalá de Henares Colmenar de Oreja	918890089 914299266 918943671 918942597
Funeraria Galapagar, S.L.	Eras, 1	28300	Aranjuez	918922485 918921343 918910907
Funeraria La Soledad, S.A.	Plaza del Caño, s/n	28260	Galapagar	918587133 918587134 91859776
Funeraria Ntra. Sra. de la Victoria, S.L.	Humilladero, 10	28670	Villaviciosa de Odón	916164027 918112514
Funeraria Ntra. Sra. de las Nieves, S.L.	D. Diego, 25	28500	Arganda del Rey	918716132 918703015
Funeraria Ntra. Sra. de los Remedios, S.L.	Atenas, 1 nº 24	28813	Torres de la Alameda	648051790 918092896
Funeraria Ntra. Sra. del Amparo, S.L.	Valdegovia, 8-10	28034	Madrid	902112900 917291810
Funeraria Ntra. Sra. de la Soledad, S.L.	Miguel Peña, 4	28820	Coslada	916693129 916693994
Funeraria San Sebastián, S.L.	D. Diego, 25	28500	Arganda del Rey	918716132 918703015
Funeraria Tizón y Sánchez, S.L. - FUNTISA-	Eras, 27	28670	Villaviciosa de Odón	916161481 916658229
Gestión Funeraria Integral, S.A. - GEFINSA-	Cº de Mar Chico, Nava C	28300	Aranjuez	687931005 918910859
Gestora Europea de Concesiones Administrativas, S.L. - GECA-	Cº Alarcón, 10	28223	Pozuelo de Alarcón	913520166 913528540
Interfunerarias, S.L.	Paseo de los Cipreses, s/n	28850	Torrejón de Ardoz	917650210 620272244
La Poveda Servicios Funerarios, S.L.	Comuneros de Castilla, 15	28019	Madrid	915242424 915242448
Parcesa, Parque de la Paz, S.A.	Avda. del Hospital, 7	28630	Villa del Prado	918622029 918622291
Servicios Funerarios Alcalá Torrejón, S.A. - FUNEHENAR-	Avda. de la Vega, 1	28100	Alcobendas	902100225 918061800 918061804 918880514
Servicios Funerarios Alcorcón, S.A.	Mayor, 83	28801	Alcalá de Henares	918815157 918834221 902247366
Servicios Funerarios Canoura, S.A.	Avda. de Villaviciosa, s/n	28922	Alcorcón	916890350 916890954 916890375
Servicios Funerarios Cisneros, S.L.	Plaza del Caño, 5	28260	Galapagar	918581177 918584836 918583010
Servicios Funerarios de	Avda. de la Complutense, 47	28805	Alcalá de Henares	902112800 918822117
	Almibar, 183	28300	Aranjuez	918910201 918910907

Aranjuez, S.L.					918916140
Servicios Funerarios de Morata, S.L.	Morería, 13	28530	Morata de Tajuña	918731103	918730017
Servicios Funerarios E. Mateo, S.L.	Ramón Guisasaola, 18	Fernández 28100	Alcobendas	916521507	916534153
Servicios Funerarios El Arcángel - SEFLUVAL -	Libertad, 119	28600	Navalcarnero	918113946	918113852
Servicios Funerarios El Carmen, S.A.	Jacinto González, 53	28600	Navalcarnero	918111840	918112514
Servicios Funerarios El Carmen, S.A.	Polígono Chacón, s/n	Gonzalo 28300	Aranjuez	918921518	918923493
Servicios Funerarios García Adrada	Plaza Palacio, 5	28630	Villa del Prado	918620158	918620158
Servicios Funerarios Juan Susiac Pérez	Convento, 2	28370	Chinchón	918940133	
Servicios Funerarios de Majadahonda, S.L.	Mirasierra, 6	28220	Majadahonda	916345136	916345256
Los Angeles, Servicios Funerarios	Destreza, 3 Nave 6	Bloque D 28906	Getafe	918300695	918300664
Servicios Funerarios Ntra. Sra. de la Jarosa, S.L.	Calzada, 41	28440	Guadarrama	918547926	918960347
Servicios Funerarios Ntra. Sra. del Retamar, S.L.	San Ignacio de Loyola, 2	28230	Las Rozas	916375078	916360392
Servicios Funerarios Núñez, S.L.	Calvario, 2	28590	Villarejo de Salvanes	918742469	918744305
Servicios Funerarios Odón, S.L.	Avda de Odón, 34	28670	Villaviciosa de Odón	916164137	918660203
Servicios Funerarios San Miguel Arcángel, S.A.	Mar Oceanía, 7	28230	Las Rozas	916373870	916373870
Servicios Funerarios Tanatorio de Mostoles, S.L.	Camino de los Leñeros, s/n	28930	Móstoles	916465389	916469976
Servicios y Gestión Funeraria, S.A.	Glorieta Manuel Moreno, Polígono Gonzalo Chacón, s/n Parcela 86	28300	Aranjuez	918921518	918923493
Servicios Especiales, S.A. SERVISA.	-Avda. Gumersindo Llorente, 70	28022	Madrid	902364365	913293887
FUNERMADRID	Ctra. Las Musas, M-214 "El Calvario"	28820	Coslada	914906710	914906711

Anexo 8. Decretos sobre sanidad mortuoria, cementerios, tanatorios, cadáveres por comunidades autónomas

ANDALUCÍA

- DECRETO 26-5-1992, núm. 91/1992 CONSEJERIA SALUD. Ordenación del programa de detección, extracción y trasplantes de órganos y tejidos.
- Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía.
- LEY 15-6-1998, núm. 2/1998 PARLAMENTO DE ANDALUCÍA. SALUD. Normas reguladoras.

ARAGÓN

- DECRETO 15/1987, de 16 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el traslado de cadáveres en la Comunidad Autónoma de Aragón.
- DECRETO 11-6-1996, núm. 106/1996 DEPARTAMENTO SANIDAD, BIENESTAR SOCIAL Y TRABAJO POLICÍA SANITARIA MORTUORIA Normas reguladoras.
- LEY 30-12-1998, núm. 14/1998 CORTES DE ARAGÓN. TRANSPORTES URBANOS. Normas reguladoras.
- LEY 24-2-1999, núm. 1/1999 CORTES DE ARAGÓN. DERECHO CIVIL DE ARAGÓN. Sucesiones por causa de muerte.
- LEY 9-4-1999, núm. 7/1999 CORTES DE ARAGÓN.
- Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón *BOA*, 17 de abril.

ASTURIAS

- Decreto 6-3-1992, núm. 24/1992. CONSEJERIA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. Extracción de órganos y tejidos humanos.
- Decreto 26-11-1998, núm. 72/1998. CONSEJERIA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Reglamento.

BALEARES

- DECRETO LEGISLATIVO 6-9-1990, núm. 79/1990 CONSELLERIA ADJUNTA A LA PRESIDENCIA. ILLES BALEARS. DERECHO CIVIL DE BALEARES. Texto refundido de la Compilación.
- LEY 10-3-1998, núm. 1/1998 PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ISLAS BALEARES. Estatuto de los Consumidores y Usuarios.
- DECRETO 24-7-1997, núm. 105/1997 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Reglamento.
- DECRETO 2-1-1998, núm. 1/1998 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. Derecho a la información a los consumidores y usuarios sobre los servicios mortuorios y funerarios.

CANARIAS

- DECRETO 404/1985, de 21 de octubre, Consejería de Trabajo Sanidad y Seguridad Social. CANARIAS. Normas sobre el traslado de cadáveres.
- LEY 26-7-1994, núm. 11/1994 PARLAMENTO DE CANARIAS. SANIDAD. Ordenación Sanitaria de Canarias.
- Servicio Canario de Salud. Resolución de 21 de septiembre de 1995, de la Dirección General de Salud Pública, por la que se actualiza, provisionalmente, la llevanza de los libros de registro de médicos tanatólogos.

CANTABRIA

- DECRETO 18-1-1994, núm. 1/1994 CANTABRIA. CONSEJERIA SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
- ORDEN 17-11-1994 CONSEJERIA SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. CANTABRIA. Extracción y Trasplante de órganos, tejidos y piezas anatómicas.
- DECRETO 1-8-1997, núm. 88/1997 CANTABRIA. Derechos de los adquirentes de servicios funerarios.
- LEY 15-5-1998, núm. 6/1998 PRESIDENCIA DE LA DIPUTACION REGIONAL DE CANTABRIA Estatuto del Consumidor y Usuario.

CASTILLA-LA MANCHA

- ORDEN 12-8-1996 CONSEJERIA SANIDAD. CASTILLA-LA MANCHA. TRASPLANTES DE ORGANOS
- LEY 9-3-1995, núm. 3/1995. PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha DECRETO 1-6-1999, núm. 72/1999. CONSEJERIA SANIDAD. CASTILLA-LA MANCHA. Sanidad mortuoria.
- Decreto 72/1999, de 01 de junio. Autonómico. Castilla la Mancha el Reglamento de sanidad mortuoria de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 1/1998, de 4 de Junio, de Régimen Local de Castilla León.
- DECRETO 16-4-1998, núm. 79/1998. CONSEJERIA INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. CASTILLA Y LEÓN Derecho a la información y los derechos económicos de los usuarios de servicios funerarios.
- LEY 5-12-1998, núm. 11/1998 PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- La Junta de Castilla y León en su boletín, n.º 29; en el Decreto 16/2005 de 10 de febrero ha publicado el Nuevo Reglamento de Sanidad Mortuoria, que regula toda la actividad funeraria en dicha Comunidad Autónoma, y obliga a los Ayuntamientos a hacer LEY 6-4-1993, núm. 1/1993. CORTES DE CASTILLA Y LEÓN. Ordenación del Sistema Sanitario.

CATALUÑA

- Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña.
- LEY 9-7-1990, núm. 15/1990. PARLAMENTO DE CATALUÑA. Ordenación sanitaria de Cataluña.
- Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña.
- Ley 10/1996, de 29 de julio, de Alimentos entre Parientes.
- LEY 3-4-1997, núm. 2/1997 PARLAMENTO DE CATALUÑA. Normas reguladoras de servicios funerarios.
- DECRETO 25-11-1997, núm. 297/1997 PRESIDENCIA GENERALITAT DE CATALUNYA. Reglamento de policía sanitaria mortuoria.
- DECRETO 27-7-1999, núm. 209/1999. DEPARTAMENT GOVERNACIO GENERALITAT DE CATALUNYA. Reglamento que regula, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales.

PAÍS VASCO

- Resolución 13 julio 1973 (Dir. Gral. Sanidad). CADÁVERES. Normas sobre registro de cadáveres y aplicación de determinados artículos del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

- LEY 1-7-1992, núm. 3/1992 PARLAMENTO VASCO. Derecho Civil Foral del País Vasco.
- DECRETO 6-10-1992, núm. 267/1992. DEPARTAMENTO SANIDAD. PAÍS VASCO. CADAVERES. Condiciones sanitarias del transporte.
- DECRETO 19-12-1995, núm. 522/1995 DEPARTAMENTO HACIENDA Y ADMINISTRACION PUBLICA. PAÍS VASCO. TERRORISMO. Programa de ayuda a las víctimas.
- LEY 26-6-1997, núm. 8/1997 PARLAMENTO VASCO. Ordenación sanitaria de Euskadi.
- DECRETO 3-6-1997, núm. 130/1997 DEPARTAMENTO SANIDAD. PAÍS VASCO. Modifica Decreto 6 octubre 1992, de condiciones sanitarias del transporte.
- LEY 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipuzkoa.

EXTREMADURA

- DECRETO 2-8-1994, núm. 107/1994. CONSEJERÍA BIENESTAR SOCIAL EXTREMADURA. CADÁVERES. Traslado.
- DECRETO 29-11-1994, núm. 193/1994 CONSEJERÍA BIENESTAR SOCIAL. EXTREMADURA. CADÁVERES. Modifica disposición adicional de Decreto 2 agosto 1994 sobre traslado.
- DECRETO 27-2-1996, núm. 33/1996 CONSEJERÍA BIENESTAR SOCIAL. EXTREMADURA. CADÁVERES. Modifica el Decreto 2 agosto 1994 sobre traslado.
- Decreto 161/2002, de 19 de noviembre Junta de Extremadura. Este Decreto promulga el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Extremadura.

GALICIA

- LEY 24-5-1995, núm. 4/1995 PARLAMENTO DE GALICIA. DERECHO CIVIL DE GALICIA. Regulación.
- Decreto 28 julio 1995, que regula el régimen de autorización y acreditación de centros.
- ORDEN 18-4-1996. CONSELLERÍA SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. GALICIA. SERVICIOS SOCIALES.
- Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.
- DECRETO 24-7-1997, núm. 217/1997 CONSELLERÍA SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. GALICIA. TEJIDOS HUMANOS. Regula utilización.
- ORDEN 12-5-1998 CONSELLERÍA SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. GALICIA. POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Regula los libros oficiales de registro.
- Decreto 134/1998, de 23 de abril. Xunta de Galicia. Se aprueba por este Decreto el Reglamento de policía sanitaria mortuoria de Galicia.
- DECRETO 7-1-1999, núm. 3/1999 CONSELLERÍA SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. GALICIA. POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Modifica el Decreto 134/1998, de 23-4-1998, de regulación.

LA RIOJA

- LEY 25-3-1991, núm. 4/1991 DIPUTACIÓN GENERAL DE LA RIOJA. SERVICIO RIOJANO DE SALUD. Creación.
- DECRETO 6-3-1998, núm. 27/1998 CONSEJERÍA SALUD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. LA RIOJA. Regula las categorías y requisitos específicos de los Centros Residenciales de Personas Mayores.
- DECRETO 27-3-1998, núm. 30/1998 CONSEJERÍA SALUD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. LA RIOJA. CADAVERES. Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
- DECRETO 11-9-1998, núm. 54/1998 CONSEJERÍA SALUD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. LA RIOJA. Modifica Decreto 27 marzo 1998, de Reglamento de Policía Mortuoria.

MADRID

- Ley 1/1987, de 5 de marzo, de Cementerios Supramunicipales de la Comunidad de Madrid.
- ORDEN 15-12-1992, núm. 950/1992. CONSEJERÍA SALUD. COMUNIDAD DE MADRID. TRASPLANTE DE ORGANOS. Autorización y acreditación de centros.
- Decreto 124/1997, de 9 de octubre Autonómico. Comunidad de Madrid. Este Decreto promulgó el Reglamento de Sanidad Mortuoria, que Sustituye al de fecha 11 de abril de 1991 que había sido suspendido en sus art. 11,16 y 23. Actualmente en vigor.
- ORDEN 28-10-1998, núm. 1980/1998. CONSEJERÍA SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES.
- COMUNIDAD DE MADRID. TEJIDOS HUMANOS. Autorización y acreditación de las actividades relativas a la utilización.

MURCIA

- Orden 7 junio 1991, Consejería sanidad. POLICÍA SANITARIA Y MORTUORIA. Normas.
- LEY 26-7-1994, núm. 4/1994 ASAMBLEA REGIONAL DE MURCIA. SANIDAD. Normas reguladoras.
- LEY 14-6-1996, núm. 4/1996. PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA. Estatuto de los consumidores y usuarios.

NAVARRA

- Decreto Foral 9 de mayo 1986, núm. 123/86 (Gobierno de Navarra). Normas sobre policía sanitaria mortuoria.
- LEY FORAL 1-4-1987, núm. 5/1987 PARLAMENTO DE NAVARRA. COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL
- NAVARRA. Decreto foral 14 abril 1987, núm. 87/87 (Gobierno de Navarra). POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Complementa el D. F. 9 mayo 1986, que la regula.
- LEY FORAL 23-11-1990, núm. 10/1990 PARLAMENTO DE NAVARRA. SALUD. Normas reguladoras.
- DECRETO FORAL 27-1-1992, núm. 37/1992 GOBIERNO DE NAVARRA. POLICÍA SANITARIA MORTUORIA. Complementa Decreto Foral 9 mayo 1986, sobre normas.
- DECRETO FORAL 69/2000, de 7 de febrero, por el que se modifica el Decreto Foral 123/1986, de 9 de mayo, sobre Policía Sanitaria Mortuoria.
- Decreto Foral 29, de 15 de octubre Comunidad Foral de Navarra. Se aprobó el Reglamento de Sanidad Mortuoria, 7/2001. *Boletín Oficial de Navarra*, núm. 143 de fecha 26/11/2001.

COMUNIDAD VALENCIANA

- DECRETO 16-3-1992, núm. 44/1992 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. GENERALITAT VALENCIANA. Procedimiento, sanciones y competencias en relación con las infracciones sanitarias y de higiene alimentaria
- ORDEN 11-12-1992 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. GENERALITAT VALENCIANA. HOSPITALES. Acreditaciones para extracción y trasplante de órganos y tejidos.
- DECRETO 28-6-1993, núm. 80/1993 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. GENERALITAT VALENCIANA. Consideración de sepelios ordinarios de determinados traslados.
- DECRETO 10-1-1995, núm. 12/1995 CONSELLERIA SANIDAD Y CONSUMO. GENERALITAT VALENCIANA. Autoriza instalación de tanatorios y regula los requisitos mínimos que deben cumplir para su funcionamiento.
- Decreto 12/1995, de 10 de enero Comunidad Valenciana Este decreto regula los tanatorios en esta Comunidad Valenciana.

anexo 9. Legislación supraautonómica por orden cronológica

- Real Orden 30 octubre 1835 (Mº Interior. C. L. t. XX, pág, 510). Cementerios para religiosos.
- Real Orden 18 julio 1887 (Mº Gobernación. G. 21) Prohíbe las inhumaciones fuera de los cementerios comunes.
- Real orden 13 febrero 1913 (Mº Gobernación G. 22) De súbditos ingleses fallecidos en Algeciras, San Roque, Campamento y La Línea.
- Orden 31 octubre 1932 (Mº Gobernación, *BO*, 3 noviembre). Depósitos de cadáveres.
- Ley de 8 de Junio de 1.957, de Registro Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Decreto 20 de julio 1974, núm. 2263/74 (Mº. Gobernación). CADÁVERES Y CEMENTERIOS. Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
- Ley 3 noviembre 1978, núm. 49/78 (Jefatura del Estado). CEMENTERIOS. Enterramientos en los municipales.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril Ministerio de Sanidad y Consumo Dicha Ley figura en el *BOE*, núm. 102, siendo publicada el Mártes 29 de abril de 1986.
- Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.
- Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.
- Orden de 6 de junio de 1994 sobre supresión del dato relativo a la causa de la muerte en la inscripción de defunción.
- Orden de 13 de octubre de 1994, por la que se modifica la de 6 de junio de 1994 sobre la supresión del dato relativo a la causa de la muerte en la Inscripción de Defunción.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Resolución 13-7-1993 (Dr. General de Sanidad). Establece normas sobre riesgos de cadáveres y aplicación de determinados artículos del Reglamento de la Policía Sanitaria Mortuoria.
- Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.
- LEY 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación
- Real Decreto 927/1998,14 de mayo Ministerio de Fomento Este Decreto modifica el artículo 139 de la Ley en sus puntos 1, 2 y 3.garantiza por Ley la libertad del transporte funerario en todo el Estado.
- Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas
- ORDEN 25 FEBRERO 2000. MINISTERIO PRESIDENCIA SANIDAD. Crea y regula el Índice Nacional de Defunciones.

Situación médico-legal en España del uso compasivo de medicamentos

*Ángel Sanz-Virseda
de la Fuente*

1. Marco conceptual
2. Metodología
3. Utilización del uso compasivo en España
4. Marco legal internacional
 - 4.1. Los códigos y declaraciones universales
 - 4.2. Legislación europea
5. Marco legal en España
 - 5.1. Legislación vinculante
 - 5.2. Legislación específica
6. Conclusiones y reflexiones
7. Bibliografía

1. Marco conceptual

La prestación farmacéutica en España está constituida por el conjunto de medicamentos y productos sanitarios disponibles y las actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban y utilicen de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado, con la información suficiente para su uso correcto y al menor coste posible.

La Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento pretendía según quedaba recogido en su exposición de motivos, dotar a la sociedad española de un instrumento institucional que le permitiera abordar los problemas relativos a los medicamentos por los agentes sociales implicados (industria farmacéutica, profesionales sanitarios, poderes públicos y ciudadanos), siempre desde la perspectiva de mejorar la atención sanitaria.

Desde entonces, han pasado 20 años durante los cuales, la prescripción de medicamentos en la práctica clínica se ha convertido en uno de los pilares básicos de los planes terapéuticos de los pacientes.

La política farmacéutica desarrollada durante este periodo se ha orientado en asegurar la disponibilidad de medicamentos para cubrir las necesidades de los pacientes, por lo que parece razonable hacer una valoración positiva de los que son y representan los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud.

Cualquier medicamento utilizado en España debe ser aprobado por la *Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios* (AEMPS) dependiente del Ministerio de Sanidad y Política Social, a propuesta de la empresa farmacéutica solicitante de la autorización de comercialización. Tras su autorización, puede ser comercializado para su utilización bajo unas condiciones normales de uso.

La ficha técnica es el documento oficial aprobado por la AEMPS en el que se recogen las indicaciones y condiciones de uso de un medicamento. Su estructura se ajusta a un modelo uniforme y proporciona información actualizada sobre diferentes aspectos del medicamento: indicaciones terapéuticas, posología y forma de administración, contraindicaciones, efectos adversos, precauciones para su empleo, interacciones con otros medicamentos y condiciones de conservación.

Las indicaciones y condiciones de uso establecidas en la ficha técnica se corresponden con las estudiadas durante la fase de investigación clínica del medicamento y en las que la AEMPS garantiza su balance favorable beneficio/riesgo.

Mediante este procedimiento de autorización y comercialización, el arsenal terapéutico disponible en España es muy amplio y lo más habitual es que se pueda elegir entre varios principios activos para tratar una enfermedad o situación clínica.

Los medicamentos deben utilizarse exclusivamente en las indicaciones aprobadas en su ficha técnica y respetando sus condiciones normales de uso. Cuando no se hace de esta manera, la intervención puede tener graves consecuencias sanitarias para el paciente y legales para el médico.

Sin embargo, existen tres situaciones en las que los medicamentos pueden ser utilizados fuera de sus condiciones normales de uso:

- Medicamentos que no están autorizados en España y sí lo están en otros países y pueden resultar muy útiles en determinados pacientes y situaciones clínicas.
- Medicamentos que aún no están autorizados en España, pero se presentan prometedores en las fases finales de investigación clínica y se les presume capacidad potencial para mejorar cuadros clínicos graves en determinados pacientes.
- Medicamentos autorizados en España, pero que se utilizan para una indicación clínica distinta a la que está autorizada en su ficha técnica.

Las tres situaciones anteriores corresponden a lo que se llama *uso de medicamentos en situaciones especiales*: la primera de ellas se ha denominado *medicamentos extranjeros*, mientras que las dos últimas se han agrupado tradicionalmente bajo el término *uso compasivo de medicamentos*.

2. Metodología

El objetivo del presente trabajo es revisar la situación en España del uso compasivo de medicamentos desde el ámbito médico-legal, para lo cual se ha seguido la siguiente metodología:

- Conocer la utilización de medicamentos de uso compasivo en España.
- Revisar el marco legal vinculante de la Unión Europea.
- Analizar las normas promulgadas al respecto en España.
- Elaborar una serie de reflexiones y conclusiones.

El trabajo se centra exclusivamente en los medicamentos de uso humano, por lo que quedan fuera de la revisión los *medicamentos de uso veterinario*, que

generan procedimientos específicos de autorización, control y farmacovigilancia.

Los *medicamentos extranjeros* se encuentran incluidos en la denominación genérica de uso de medicamentos en situaciones especiales y el Ministerio de Sanidad y Política Social puede autorizar su importación. Sin embargo, quedan excluidos de la denominación *uso compasivo*, por lo que tampoco son objeto del presente trabajo.

Finalmente, para no generar confusión terminológica, no debe confundirse la autorización de medicamentos en situaciones especiales, con lo que se conoce bajo la denominación de *medicamentos especiales de uso humano*, que se rigen por normativa específica.

Se incluyen en el grupo de *medicamentos especiales* las vacunas y productos biológicos utilizables como medicamentos; los medicamentos de origen humano derivados de la sangre, el plasma y otras sustancias de origen humano; los medicamentos de terapia avanzada basados en genes (terapia génica), células (terapia celular) y tejidos (ingeniería tisular); los radiofármacos; los medicamentos con sustancias psicoactivas con potencial adictivo; los medicamentos homeopáticos; los medicamentos de plantas medicinales y los gases medicinales.

3. Utilización del uso compasivo en España

En España, siempre han existido procedimientos específicos para solicitar el acceso a medicamentos de uso compasivo.

En el caso de medicamentos que están todavía en fase de investigación y por tanto, no autorizados en España, se requiere un informe del médico responsable del paciente justificando la necesidad y la imposibilidad de recibir alternativas terapéuticas autorizadas, si es que existen; además se solicita el visto bueno del director del centro y el consentimiento informado del paciente.

Por lo que respecta a los medicamentos que se utilizan en condiciones diferentes a las autorizadas, el procedimiento es el mismo y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, la autorización se realiza caso por caso.

Como ha quedado reflejado anteriormente, de forma tradicional a estas dos situaciones, aun siendo diferentes desde el punto de vista de la autorización, han sido tratadas por igual durante los últimos años.

Por tanto, la AEMPS puede autorizar la aplicación de estos medicamentos a pacientes no inclui-

dos en un ensayo clínico con el fin de atender como uso compasivo las necesidades especiales de tratamiento en situaciones clínicas de determinados pacientes.

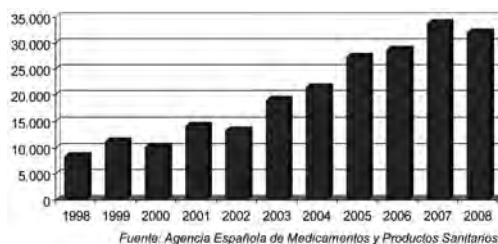
Aunque tanto los modelos de tramitación como las unidades dependientes de la AEMPS para procesar y evaluar las solicitudes son diferentes para *medicamentos extranjeros* y para *uso compasivo*, esta separación no ha estado tan clara para los profesionales sanitarios, ya que se podían producir situaciones peculiares al respecto:

- La situación de extranjero o compasivo puede variar con el tiempo y un medicamento extranjero puede pasar a ser de uso compasivo y viceversa.
- Hay medicamentos que pueden ser a la vez extranjeros y de uso compasivo, cuando no se encuentran autorizados en España y sí en otros países y pretenden utilizarse en unas condiciones de uso no contempladas en la ficha técnica del país de origen.

El número de usos compasivos (acceso a medicamento en investigación y uso fuera de las indicaciones de ficha técnica) autorizados en España durante los últimos diez años (1998-2008) queda reflejado en el siguiente diagrama de barras:

GRÁFICO 1

Usos compasivos autorizados en España (1998-2008)



Desde 1998, año en el que se autorizaron 8.298 solicitudes hasta 2008 con 31.960 autorizaciones, la cifra prácticamente se ha cuadruplicado.

Además a lo largo de esta década, la autorización de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas ha aumentado con respecto a las de acceso a medicamentos en investigación, independientemente de que existiera algún ensayo clínico en marcha.

Concretamente en 2008, de las 31.960 solicitudes autorizadas por la AEMPS, 22.359 (70%) correspondieron a autorizaciones de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas,

mientras que 9.601 (30%) fueron solicitudes correspondientes a medicamentos en fase de investigación.

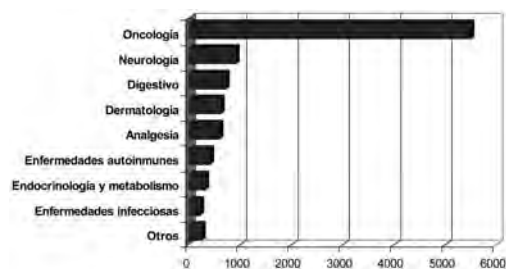
Las autorizaciones de uso compasivo prácticamente en su totalidad procedían de hospitales, ya que la mayoría de las solicitudes corresponden a medicamentos de uso hospitalario para tratar a pacientes que generalmente se encuentran en situaciones clínicas muy complejas.

Por lo que respecta a la distribución por áreas terapéutica, el 70% de las autorizaciones de medicamentos en investigación correspondieron a oncología y neurología y casi el 50% de las autorizaciones de uso fuera de las indicaciones de ficha técnica, a oncología y oftalmología.

En los dos gráficos siguientes, queda reflejada la distribución del número de autorizaciones de usos compasivos por áreas terapéuticas.

GRÁFICO 2

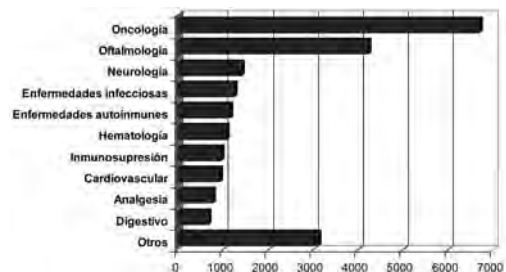
Distribución por áreas terapéuticas de las autorizaciones de uso de medicamentos en fase de investigación (2008)



Fuente: Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios

GRÁFICO 3

Distribución por áreas terapéuticas de las autorizaciones de uso no contempladas en ficha técnica (2008)



Fuente: Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios

4. Marco legal internacional

4.1. Los códigos y declaraciones universales

Por lo que respecta al tratamiento farmacológico de los pacientes, todas las directivas internacionales en vigor reflejan indirectamente las normas de buena práctica clínica aplicable a las condiciones normales en el uso de los medicamentos.

Aunque en ninguna de ellas se hace referencia explícita al uso de medicamentos en las situaciones especiales objeto de este trabajo, todas ellas son aplicables en estos casos y casi con seguridad, al ser medicamentos no autorizados en las condiciones normales de uso, se hacen más evidentes las consideraciones ético-legales al respecto.

Así quedó recogido tras la segunda guerra mundial en el *Código de Nüremberg*, vinculante para la región europea, cuyo primer principio básico para satisfacer conceptos morales, éticos y legales reconoce que el consentimiento voluntario de la persona afectada es absolutamente esencial, para lo que tiene que tener capacidad legal para darlo y estar en una situación que le permita ejercer su libertad de escoger sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligar a coercer.

Asimismo, la persona debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de la información en cuestión, para permitirle tomar una decisión correcta.

En la 18ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Finlandia en 1964 se elaboraron una serie de recomendaciones para orientar a los médicos en la investigación biomédica con seres humanos y que fueron adoptadas en lo que se conoce como *Declaración de Helsinki*.

Aunque la *Declaración de Helsinki* está estructurada en cuatro bloques temáticos (Introducción, Principios básicos, Investigación clínica e Investigación biomédica no clínica) que no abordan el contenido de este trabajo, existe una recomendación en el tercer bloque de gran interés al respecto:

En el tratamiento de la persona enferma, el médico debe tener la libertad de usar un nuevo método diagnóstico y terapéutico, si a su juicio ofrece la esperanza de salvar una vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento.

Las recomendaciones adoptadas en la *Declaración de Helsinki* siguen en vigor, aunque algunas fueron enmendadas en Asambleas Médicas Mundiales posteriores: la 29ª de Tokio en 1975, la 35ª de Venecia en 1983 y la 41ª de Hong Kong en 1989.

4.2. Legislación Europea

El 4 de abril de 1997 se firmó en Oviedo 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*.

Este documento, desde entonces conocido como *Convenio de Oviedo* fue elaborado por el Consejo de Europa y aprobado por su Comité de Ministros en noviembre de 1996.

Aunque de carácter genérico, el Convenio se convirtió en una de las primeras herramientas para generar debate público sobre los diferentes temas abordados en el mismo.

Su trascendencia radica en que recopiló para la región europea los contenidos de diferentes convenios y declaraciones internacionales:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.
- El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966.
- El Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.
- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Las recomendaciones de las Asambleas Médicas Mundiales.

Por lo que respecta al contenido del presente trabajo, es de gran interés su artículo 5, incluido en el Capítulo II (Consentimiento):

Artículo 5. Regla general

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

Siete años después, el 31 de marzo de 2004, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, aprobaron el *Reglamento (CE) 726/2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos*.

Este Reglamento sustituye al Reglamento (CEE) 2309/1993 con el objetivo de mejorar los procedimientos de autorización y comercialización de los medicamentos y corregir determinadas normas de funcionamiento y adaptarlas para tener en cuenta la evolución probable de la ciencia y de la técnica, así como la futura ampliación de la Unión Europea.

El *Reglamento (CE) 726/2004* está estructurado en cinco títulos, de los cuales el Título II es el correspondiente a la autorización y control de medicamentos de uso humano, que está constituido por tres capítulos:

- Presentación y examen de solicitudes. Autorizaciones.
- Control y sanciones.
- Farmacovigilancia.

Aunque en este Reglamento no se aborda específicamente la regulación del uso compasivo, sí establece las bases que serán recogidas en la legislación española posterior a la entrada en vigor del Reglamento y que regula específicamente el uso compasivo del medicamento:

- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Real decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

5. Marco legal en España

5.1. Legislación vinculante

Antes de analizar la legislación española específica relativa al uso compasivo de medicamentos, parece pertinente incluir dos normas generales de la última década que aportan contenidos médico-legales de gran relevancia en la relación médico-paciente y muy especialmente por lo que se refiere al uso compasivo, en la responsabilidad médica por la información de los medicamentos.

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias

Esta ley regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio profesional por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias.

Como las situaciones analizadas se enmarcan en la prescripción de medicamentos, merece la pena recordar desde el punto de vista de la responsabilidad y por tanto de su cobertura legal, que las únicas profesiones sanitarias con competencias al respecto son los médicos y los odontólogos.

Así queda recogido en el Título I de la Ley (*Del ejercicio de las profesiones sanitarias*), en su artículo 6.

Artículo 6. Licenciados sanitarios

- 2a) Corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como el enjuiciamiento y pronóstico de los procesos de atención.
- 2c) Corresponde a los Licenciados en Odontología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilo-facial, las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalado en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud bucodental.

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.

Indudablemente esta ley marca un antes y un después en la relación clínica médico-paciente.

En las situaciones especiales de uso de medicamentos no autorizados o en condiciones diferentes a las autorizadas, el derecho a la información y el respeto a la autonomía del paciente adquieren máxima importancia, ya que son principios muy sensibles en una relación clínica de estas características.

De enorme interés para las situaciones tratadas son los capítulos II y IV de esta ley en los artículos que quedan recogidos a continuación.

Capítulo II. El derecho a la información sanitaria

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, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. 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.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiende durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.
3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Capítulo IV. El respeto a la autonomía del paciente

Artículo 8. Consentimiento informado

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla 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.

5.2. Legislación específica

Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos

Aunque en España han existido procedimientos específicos para solicitar el acceso a medicamentos de uso compasivo, la primera referencia al mismo encontrada en la legislación española de los últimos 10 años, aparece en el Real Decreto 223/2004.

Resulta curiosa esta inclusión, pues las situaciones de uso compasivo corresponden a pacientes no incluidos en ensayos clínicos y por tanto, se escapan de la metodología y procedimiento específicos del ensayo clínico.

En este Real Decreto, el brevísimo Capítulo V del mismo, titulado **Del uso compasivo**, se dedica monográficamente a esta situación a través de los artículos 28 y 29.

Artículo 28. *Uso compasivo de medicamentos*

1. Se entiende por uso compasivo de medicamentos la utilización en pacientes aislados y al margen de un ensayo clínico de medicamentos en investigación, incluidas especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico bajo su exclusiva responsabilidad considere indispensable su utilización.
2. Para utilizar un medicamento bajo las condiciones de uso compasivo se requerirá el consentimiento informado del paciente o de su representante legal, un informe clínico en el que el médico justifique la necesidad de dicho tratamiento, la conformidad del director del centro donde se vaya a aplicar el tratamiento y la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.
3. El médico responsable comunicará a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios los resultados del tratamiento, así como las sospechas de reacciones adversas que puedan ser debidas a éste.

Artículo 29. *Continuación del tratamiento tras la finalización del ensayo*

Una vez finalizado el ensayo, toda continuación en la administración del medicamento en investigación, en tanto no se autorice el medicamento para esas condiciones de uso, se regirá por las normas establecidas para el uso compasivo en el artículo anterior.

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios

Esta Ley surge de la experiencia derivada de la aplicación de la *Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento*, lo que pone en evidencia la necesidad de intensificar la orientación de la reforma en torno a dos ideas-fuerza:

- Ampliar y reforzar el sistema de garantías en relación con las autorizaciones de medicamentos.
- Promocionar el uso racional de los medicamentos

Como consecuencia de esta nueva orientación, en la Disposición derogatoria única de la Ley 29/2006 queda derogada en su totalidad la Ley 25/1990, dieciséis años después de su publicación.

Sin duda, esta completísima y complejísima Ley, que despliega sus 10 títulos a lo largo de 44 páginas del Boletín Oficial del Estado, supone un enorme avance en materia legislativa sobre los medicamentos, cobrando especial relevancia el protagonismo que otorga al sistema español de farmacovigilancia del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque más innovador, que incorpora el concepto de farmacoepidemiología y gestión de los riesgos, así como la garantía de seguimiento continuado del balance beneficio/riesgo de los medicamentos autorizados.

De forma explícita, en el artículo 24 de su Título II, esta Ley aborda las autorizaciones del uso compasivo de medicamentos.

Artículo 24 *Garantías de disponibilidad de medicamentos en situaciones específicas y autorizaciones especiales*

3. La prescripción y la aplicación de medicamentos no autorizados a pacientes no incluidos en un ensayo clínico con el fin de atender como uso compasivo necesidades especiales de tratamiento de situaciones clínicas de pacientes concretos, se regulará reglamentariamente, con pleno respeto a lo establecido en la legislación vigente en materia de autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El Ministro de Sanidad y Consumo establecerá las condiciones para la prescripción de medicamentos autorizados cuando se utilizan en condiciones distintas a las autorizadas, que en todo caso tendrá carácter excepcional.

La Disposición final quinta de esta Ley (*Desarrollo normativo*) autoriza al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, para que apruebe los regla-

mentos y normas para la aplicación y desarrollo de esta Ley.

Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales

El 19 de junio de 2009, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social, aprobó este Real Decreto, que entró en vigor el 21 de julio.

Con esta norma se facilita el acceso a medicamentos en investigación a pacientes que no disponen de un tratamiento satisfactorio y sufren una enfermedad gravemente debilitante o que pone en peligro su vida.

Para estos pacientes, que no pueden esperar a que finalice la investigación y los nuevos tratamientos se autoricen, la AEMPS puede autorizar el uso de medicamentos en investigación antes de su comercialización en España.

El acceso a estos medicamentos podrá hacerse de forma individualizada para un paciente como hasta ahora (uso compasivo) o acogiendo a una autorización temporal de utilización para un grupo de pacientes.

La norma también incluye el uso de medicamentos aprobados cuando existe la necesidad de utilizarlos en condiciones diferentes a las autorizadas, situaciones se están produciendo especialmente en oncología y pediatría.

En estos casos, se elimina la necesidad de autorización individual previa por la AEMPS y se refuerza la responsabilidad de los profesionales sanitarios, la información de los pacientes y la vigilancia de su uso.

Este Real Decreto supone en España el broche legal al uso de medicamentos en situaciones especiales, configurándose en la norma básica del Estado a desarrollar por las Comunidades Autónomas, que deberán hacerlo en los aspectos contemplados en el mismo.

A continuación se describen las principales aportaciones del nuevo Real Decreto.

1. Define claramente las dos situaciones especiales analizadas y que anteriormente se englobaban en el uso compasivo; este término queda relegado exclusivamente a los medicamentos no autorizados.

- Uso compasivo de medicamentos en investigación: utilización de un medicamento antes de su autorización en pacientes que padecen enfermedad crónica o gravemente debilitante o que pone en peligro su vida y que no pueden

ser tratados satisfactoriamente con un medicamento autorizado. El medicamento en cuestión deberá estar sujeto a una solicitud de autorización de comercialización o bien deberá estar siendo sometido a ensayos clínicos.

- Uso de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas: utilización de medicamentos en condiciones distintas de las incluidas en la ficha técnica autorizada.

2. Delimita procedimientos administrativos específicos para cada situación.

El acceso al uso de medicamentos en investigación se efectuará mediante uno de estos dos procedimientos, requiriendo en ambos casos la autorización de la AEMPS:

- *Autorización de acceso individualizado.* Requiere el informe clínico del médico, la conformidad de la dirección del centro y del promotor del ensayo clínico, la duración prevista del tratamiento, el número de envases y el consentimiento informado del paciente o de su representante legal.
- *Autorizaciones temporales de utilización (ATU).* En estos casos, la AEMPS puede dictar una resolución de ATU en casos de medicamentos que se encuentran en una fase muy avanzada de la investigación clínica cuando es inminente una próxima solicitud de autorización o ésta ya está iniciada, siempre que se prevea su utilización en un grupo significativo de pacientes, sin necesidad de solicitar autorización de acceso individualizado para cada paciente.

La utilización de medicamentos en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica, tiene carácter excepcional y se limita a situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas. Requiere que el médico justifique en la historia clínica la necesidad de uso y que informe al paciente de los beneficios y riesgos, obteniendo su consentimiento. En este caso, por tanto, no es necesaria la autorización de la AEMPS, aunque sí puede elaborar recomendaciones al respecto, que se tendrán en cuenta en la elaboración de los protocolos terapéuticos de los centros sanitarios.

3. Establece responsabilidades directas para cada uno de los implicados en estas situaciones especiales:

- Médico prescriptor y responsable del paciente
- Dirección del centro sanitario

- Empresa farmacéutica
 - AEMPS
4. Simplifica el procedimiento administrativo de acceso a los medicamentos de uso compasivo, ofertando la tramitación telemática, generando una base de datos única y un formato único para las solicitudes individuales. Asimismo la posibilidad de ATU para un grupo de pacientes agiliza los trámites administrativos individualizados.
 5. Mejora las garantías de seguridad al medicamento mediante procedimientos explícitos para notificar sospechas de reacciones adversas.
 6. Aporta garantías de información y transparencia, facilitando el acceso a todos los implicados (profesionales y centros solicitantes, comunidades autónomas y empresas farmacéuticas) a las decisiones y recomendaciones de la AEMPS.

6. Conclusiones y reflexiones

Sobre el consumo de medicamentos en situaciones especiales

Los datos en España sobre la utilización de medicamentos en condiciones especiales (uso compasivo de medicamentos en investigación y medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas) demuestran que no es un consumo anecdótico.

Más de 30.000 autorizaciones anuales así lo demuestran, de las cuales el 70% corresponden a uso de medicamentos en condiciones distintas de las autorizadas.

En este caso concreto, con la entrada en vigor del Real Decreto 1015/2009, queda establecido de forma explícita en los requisitos para esta modalidad que *tendrá carácter excepcional*.

Podría ser motivo de reflexión para los médicos y autoridades sanitarias si las 22.359 autorizaciones tramitadas en esta modalidad a lo largo del 2008, es un dato compatible con el concepto de *carácter excepcional*.

Algunos colectivos profesionales se han pronunciado al respecto, al igual que han evidenciado que en algunas áreas terapéuticas se han utilizado medicamentos en condiciones y/o indicaciones de uso distintas a las autorizadas, al margen de un ensayo clínico, que no se tramitaron en la modalidad de uso compasivo. Esta situación pone en evidencia que las cifras manejadas podrían estar infravaloradas.

El nuevo Real Decreto, con el cambio normativo que introduce en la utilización de esta modalidad, delega la responsabilidad clínica y legal en el médico responsable del tratamiento.

Sería de gran interés hacer el seguimiento futuro del acceso de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas y ver el comportamiento cuantitativo de estos accesos, comparativamente con los incrementos que se han producido durante la última década.

Sobre el derecho a la información y el principio de autonomía del paciente

La utilización de medicamentos en estas situaciones requiere potenciar al máximo la relación clínica médico-paciente, tanto por las características de los pacientes que se encuentran en estas condiciones clínicas, como por las peculiaridades de los medicamentos que se van a utilizar sin estar autorizados.

En estos casos, de manera muy especial, debe valorarse convenientemente y de forma conjunta el equilibrio entre beneficios posibles y riesgos potenciales, para que el paciente tome la decisión que considere oportuna al respecto.

En septiembre de 2007, en el prólogo del libro de Abellán y Sánchez-Caro *La responsabilidad médica por la información del medicamento*, el magistrado Maza Martín de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo señalaba que *los problemas de contenido y significación jurídicos derivados del uso de medicamentos y en especial, de la información acerca de los mismos asociada a su prescripción y administración, es materia de absoluta actualidad, a la vista de recientes e importantes casos que han llegado al debate jurisdiccional y de la publicación de novedosas normas como la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, de 26 de julio de 2006*.

Dos años después, tras la publicación del Real Decreto 1015/2009, por las características intrínsecas del uso compasivo y las indicaciones fuera de ficha técnica, la información al paciente asociada a la prescripción y administración de estos medicamentos, adquiere máxima trascendencia.

El consentimiento informado se convierte, por tanto, en una herramienta médico-legal indispensable para estas situaciones, correspondiéndole al médico la responsabilidad última de la información terapéutica, más allá de las responsabilidades que tengan al respecto los enfermeros como administradores del medicamento, los farmacéuticos como dispensadores del mismo o las empresas farmacéuticas productoras.

Así lo demuestran los supuestos que han alcanzado un pronunciamiento judicial en condiciones normales de uso de los medicamentos. Salvo casos aislados, que acaban derivando responsabilidades a

la empresa farmacéutica, en la mayoría de ellos la responsabilidad se aplicó a la actuación de los médicos y a través de éstos, si procede, a la administración sanitaria titular del servicio.

De forma más concreta para el objetivo de este trabajo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla se pronunció con una sentencia condenatoria de 6 de febrero de 2006 ante un caso de uso compasivo de medicamentos, basándose en lo siguiente:

- No se justificó en modo alguno la necesidad del tratamiento con un medicamento de uso compasivo.
- El médico que trataba a la paciente inició la administración del fármaco a título de uso compasivo antes de solicitar la autorización correspondiente.
- El documento de consentimiento informado firmado por la paciente no se asemejaba en nada a los formularios de consentimiento informado utilizados en el caso de ensayos clínicos.
- La falta de explicación en el consentimiento informado de la necesidad o conveniencia del tratamiento y la falta de firma de un testigo.

Sobre las obligaciones del médico responsable del tratamiento

La utilización de medicamentos de estas características, genera obligaciones legales y administrativas en el médico que no puede obviar en la práctica clínica habitual.

En el caso de uso compasivo de medicamentos en investigación, las obligaciones que adquiere el médico responsable al hacer la solicitud a la AEMPS, son las siguientes:

- Elaborar un informe clínico justificativo de la necesidad del tratamiento, quedando claramente reflejado el motivo por el que no se consideran adecuados los medicamentos autorizados para la condición clínica del paciente y la falta de alternativas terapéuticas.
- Posología del tratamiento y duración prevista del mismo.
- Informar al paciente en términos comprensibles de la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del tratamiento y obtener su consentimiento informado por escrito, o en su caso, el de su representante legal.
- Notificar de forma inmediata las sospechas de reacciones adversas graves a la AEMPS.

- Cumplimentar los formularios específicos de recogida de datos de seguimiento cuando así quede establecido en la autorización individual de uso o en la ATU.
- Proporcionar a la AEMPS cualquier información que solicite relativa a los resultados del tratamiento.

Todos estos requisitos quedan supeditados a que la AEMPS pueda autorizar o denegar el acceso individualizado al medicamento en investigación.

El seguimiento de los procedimientos clínico-administrativos que marca el nuevo Real Decreto, deberían seguirse de forma escrupulosa, ya que la normativa previa exigía también informar sobre el seguimiento de los pacientes y notificar las sospechas de reacciones adversas. Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos ha sido insuficiente por parte de los profesionales, ya que en el año 2008 con más de 30.000 autorizaciones de uso compasivo, en la AEMPS se recibieron 170 informes de seguimiento.

El empleo de medicamentos autorizados en España en condiciones diferentes a las descritas en su ficha técnica no será objeto de autorización expresa por parte de la AEMPS, sino que caen en el ámbito de la responsabilidad del médico prescriptor. La utilización de estos medicamentos tendrá carácter excepcional y se limitará a situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas. Las obligaciones que adquiere el médico responsable son las siguientes:

- Justificar convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento.
- Informar al paciente en términos comprensibles de la naturaleza del tratamiento, su importancia, implicaciones y riesgos y obtener su consentimiento conforme a la Ley 41/2002.
- Notificar las reacciones adversas.
- Respetar, cuando así esté establecido, las restricciones ligadas a la prescripción y/o dispensación y si existe, el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario.

En esta modalidad, surge una nueva reflexión sobre el consentimiento informado del paciente. Mientras que en el caso anterior la normativa se pronuncia abiertamente por el consentimiento escrito, en este caso se aplica conforme a la Ley 41/2001.

El debate en cuestión es si los pacientes que acceden a este tipo de medicamentos deben tener su consentimiento por escrito o es suficiente con el consentimiento verbal; en otras palabras, debería o no

incluirse la utilización de medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas, en los casos previstos para el consentimiento escrito en la Ley 41/2002.

Sobre el nuevo Real Decreto 1015/2009

La entrada en vigor de este Real Decreto ha mejorado sustancialmente el marco médico-legal español para la utilización de medicamentos en condiciones especiales.

La denominación de uso compasivo tal como se entendía hasta ahora, queda modificada y relegada exclusivamente a la utilización de medicamentos en fase de investigación aún no autorizados en España.

Aunque en este trabajo no han sido considerados, el Real Decreto regula asimismo el acceso a medicamentos no autorizados en España y sí en otros países, cuando no cumplan con la definición de uso compasivo de medicamentos en investigación, que corresponde a la denominación tradicional de *medicamentos extranjeros*.

Como norma básica, aporta contenidos claros y específicos, es innovadora a la hora de clarificar conceptos y procedimientos y establece responsabilidades claras para cada uno de los actores implicados en este tipo de situaciones.

Previsiblemente, el efecto en casada de este Real Decreto tendrá repercusión en las diferentes comunidades autónomas, que irán estableciendo normativa, si no la tenían establecida previamente, en relación a los contenidos abordados en el Real Decreto.

Tras la publicación del Real Decreto, las comunidades autónomas de Andalucía y Aragón han establecido pautas normativas al respecto:

- Resolución del 7 de agosto de 2009 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía sobre Armonización de los criterios de utilización de medicamentos en los centros del Servicio Andaluz de Salud.
- Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón.

A este respecto también debiera ser, cuando menos, motivo de reflexión el que existan normativas autonómicas que avanzan más rápidas en los derechos y/o prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Obviamente, estas normativas afectan solamente a una parte de la población, lo que puede

conllevar que los derechos, garantías y también en algunos casos los deberes de unos ciudadanos sean diferentes a los de otros.

Finalmente, y en la misma línea, no podemos obviar que en España conviven los sectores público y privado en la prestación de servicios sanitarios. Parece razonable que en el ámbito médico-legal, los profesionales y pacientes, tanto del uno como del otro, tuvieran los mismos derechos y obligaciones en el acceso y en la prestación de los servicios.

7. Bibliografía

- Salek S y Edgar A. Ética farmacéutica. Biblioteca SE-FAP. Ediciones Mayo, 2004.
- Abellán F y Sánchez-Caro J. La responsabilidad médica por la información del medicamento. Editorial Comares, 2008.
- Código de Nüremberg. Tribunal Internacional de Nüremberg, 1946.
- Declaración de Helsinki. 18ª Asamblea Médica Mundial. Helsinki, Finlandia, 1964.
- Convenio de para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. Oviedo, España, 1997.
- Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la agencia europea de medicamentos.
- 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. BOE nº 274 de 15/11/2002.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. BOE nº 280 de 22/11/2003.
- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. BOE nº 178 de 27/7/2006.
- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. BOE nº 33 de 7/2/2004.
- Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. BOE nº 174 de 20/7/2009.
- Galende I, Sacristán JA. Protocolos de uso compasivo y Comités Éticos de Investigación Clínica. Med Clin (Barc). 2001; 116:599.
- Muruzábal L. Medicamentos extranjeros y uso compasivo de medicamentos. Boletín de Información Terapéutica de Navarra. Vol 13, nº 3, 2005.
- The off-label use of drugs in oncology: a position paper by the European Society for medical Oncology (ESMO). Annals of Oncology 18: 1923-1925, 2007.

- Memoria 2008. Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Ministerio de Sanidad y Política Social.
- Montero D, Vargas E, Cruz C, Andrés-Trelles F. Nuevo real decreto de acceso a medicamentos en condiciones especiales. *Med Clin (Barc)*. 2009; 133:427.
- Avendaño C. Uso compasivo de medicamentos: un cambio necesario en España. *Med Clin (Barc)*. 2009; 133:425.
- Uso compasivo de los medicamentos y responsabilidad del hospital en caso del fallecimiento del paciente. Sentencia del Juzgado de lo contencioso-Administrativo de Sevilla nº 1, de 6 de Febrero de 2006. Cápsulas, Boletín de Información Jurídica nº 91, 2007.
- Orden de 22 de octubre de 2009, de la Consejera de Sanidad y consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón. Boletín Oficial de Aragón nº 223 de 17/11/2009.
- Resolución SC 0369 de 7 de agosto de 2009 de Armonización de los criterios de utilización de medicamentos en los centros del Servicio Andaluz de Salud. Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

Análisis judicial de la responsabilidad patrimonial en el parto

Rocío Serrano Sánchez

1. Introducción
2. Metodología y objetivos del estudio
 - 2.1. Método
 - 2.2. Objetivos
3. Datos estadísticos
 - 3.1. Estadísticas por años
 - 3.2. Estadísticas por comunidades autónomas
 - 3.3. Estadísticas por eventos dañosos
4. El régimen de responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria con ocasión del parto. Análisis de los elementos jurídicos comunes en las sentencias examinadas
 - 4.1. Los requisitos de la responsabilidad patrimonial
 - 4.2. *La lex artis*
 - 4.3. La carga de la prueba
 - 4.4. Los denominados riesgos del progreso
 - 4.5. El consentimiento informado
 - 4.6. La prescripción de la acción
5. Las conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La medicina y el derecho tienen un elemento común; ambas se ocupan del hombre, se preocupan del hombre y por el hombre, por su devenir (1).

En los últimos años se ha producido **un cambio cultural** importante en la medida que los ciudadanos ya no consideran que los resultados indeseados de los actos médicos sean el tributo que hay que pagar por someterse a una ciencia inexacta como es la medicina, sino que los pacientes conocen cada vez mejor cuáles son sus derechos en materia sanitaria, así como las vías de reclamación existentes, y este hecho ha dado lugar a pacientes y usuarios cada vez más exigentes con los servicios que reciben en nuestro Sistema Sanitario, de ahí que está cobrando una importancia cada vez mayor el Derecho Sanitario. En particular, la responsabilidad sanitaria es hoy día uno de los asuntos con mayor actualidad y relevancia a causa de un doble parámetro: su frecuencia (millones de actos médicos) y su trascendencia (al incidir en los bienes más apreciados por cualquiera: la salud y la vida), sin olvidar, naturalmente, su coste (2).

Pero, además, los ciudadanos, atónitos ante los avances de la ciencia, observan como en una UCI se pueden hacer regates a la muerte, o de qué manera se salvan vidas a punto de extinguirse mediante la técnica de trasplantes. Estamos manipulando los confines de la vida y de la muerte a través de la ingeniería genética y de la supervivencia artificial, y todo ello nos induce a todos a pensar en la muerte como un fracaso de la ciencia, a través de la mano del médico, su valedor. Una intervención fallida sugiere mala praxis, y un enfermo crítico que fallece parece revelar una desatención. Se cree en la obligación a ultranza de la Medicina de prolongar la vida, ¡Como si la vida pudiese prolongarse indefinidamente! Así la reclamación por negligencia o error médico se ha venido consolidando paulatinamente (3).

La situación se complica más aún si nos centramos en la Obstetricia, pues, una mayoría de las mujeres que acuden al profesional son personas sanas que pretenden obtener cuidados durante el embarazo, las cuales ponen grandes expectativas en los cuidados que solicitan, lo que facilita las reclamaciones cuando el resultado final no es el esperado (4).

Es más, podemos afirmar que la Obstetricia es, desde el punto de vista médico-legal, **una de las especialidades con mayor riesgo de demanda legal**, pues, en esta especialidad se aúnan los principales factores que favorecen la génesis de las demandas, esto es: que la potencial víctima sea un recién naci-

do, que queda desvalido y al que hay que proteger, o sea una mujer joven durante el parto, que inicialmente parte de una situación de salud previa y, como anteriormente comenté, que en la actualidad la morbi-mortalidad materna y perinatal son muy bajas, todos ellos son factores que favorecen las demandas (5).

Centrando mi atención en la asistencia al parto, que es el objeto del presente trabajo, alguien dijo que *el canal del parto era el trayecto más corto y de más trascendencia que hacía el ser humano durante toda su vida, de ahí que toda la actuación durante ese momento tenga un impacto relevante en su evolución posterior*. Precisamente, durante esos momentos puede aparecer un gran abanico de patologías y complicaciones que obliga a establecer los adecuados mecanismos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. El fracaso en alguno de estos apartados mencionados generará exigencia de responsabilidad (6).

2. Metodología y objetivos del estudio

He seleccionado el análisis judicial de la responsabilidad patrimonial en el parto, fundamentalmente por motivación personal, pues, en los últimos 7 años de mi carrera profesional elaboré numerosos informes jurídicos en los que el objeto de la reclamación se centraba en la asistencia sanitaria recibida durante el parto en los Hospitales Públicos de Madrid. La búsqueda de jurisprudencia relacionada con la materia me llevó a la idea de sistematizar la Sentencias más recientes, procurando que fuese útil a todos profesionales, tanto juristas como sanitarios que, de alguna manera, su labor estuviese vinculada a la atención en el parto.

En este sentido he recabado, de un lado, 137 sentencias emitidas por los **Tribunales Superiores de Justicia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** y de otro, 23 Sentencias emitidas por la **Sala III del Tribunal Supremo**, durante los años 2005 a 2009 (hasta el mes de octubre).

Dichas Sentencias se han obtenido a través del buscador *Tiran on Line*, utilizando el ítem *parto*, (excluyendo aquellas sentencias en las que se emplea la palabra «parto», pero en las que el objeto de la demanda no es la asistencia sanitaria recibida en relación con dicho parto).

Las Sentencias se refieren a diferentes y muy variadas cuestiones, pero, por una razón metodológica he convenido en agruparlas en los siguientes «eventos dañosos», por ser los que aparecen con

mayor frecuencia (ordenadas de mayor a menor incidencia):

- Encefalopatía hipóxico-isquémica. Sufrimiento fetal (31 sentencias de TSJ, 13 del TS).
- Distocia de hombros. Lesión del plexo braquial (22 sentencias de TSJ, 2 sentencias del TS).
- Contagio de VHC-VIH con ocasión del parto (13 sentencias de TSJ, 1 sentencia del TS).
- Muerte fetal anteparto (12 Sentencias de TSJ, 1 sentencia del TS).
- Histerectomía como complicación tras el parto (11 sentencias de TSJ, 1 sentencia del TS).
- Lesiones ocasionadas por la episiotomía (8 Sentencias de TSJ)
- Restos placentarios tras el parto (5 sentencias de TSJ).
- Síndrome de Transfusión feto-fetal (5 sentencias de TSJ).
- Corioamnionitis fetal (4 sentencias de TSJ).
- Complicaciones sobrevenidas tras la administración de la analgesia epidural (4 sentencias de TSJ).
- Las 22 restantes Sentencias se incluyen en un apartado denominado «Varios Eventos Dañosos».

2.1. Método

Metodológicamente, el estudio de las citadas Sentencias se ha realizado empleando una tabla con los siguientes criterios:

- Tribunal Superior de Justicia (TSJ) que emite la sentencia analizada: en este apartado aparece la Comunidad Autónoma.
- Núm. de la Sentencia o Recurso (en su defecto) y fecha de la Resolución.
- Evento.
- Lesiones producidas o fallecimiento, distinguiendo entre la madre y el feto/hijo.
- Indemnización solicitada.
- Prescripción o no de la acción.
- Consentimiento informado (en la casilla aparece Sí o No solamente para aquellas sentencias en las que se haya empleado la ausencia del CI como una de las alegaciones de la demanda).
- Conceptos empleados por la Sentencia para estimar o, en su caso, desestimar (Fundamentación Jurídica):
 - Nexo causal.
 - Daño inevitable.

- Medicina de medios.
- *Lex Artis*.
- Daño desproporcionado.
- Carga de la prueba.
- Pérdida de oportunidad.

- Fallo de la Sentencia. Especificando la cuantía concedida, si es estimatoria.

2.2. Objetivo

Empleando la metodología expuesta, el objetivo planteado es analizar tanto los datos estadísticos, como la línea argumental que exponen los Tribunales Superiores de Justicia en las Sentencias publicadas en los cinco últimos años, en relación con las demandas de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados con ocasión del parto y, a su vez, realizar un estudio comparativo respecto las Sentencias emitidas por la Sala III del Tribunal Supremo.

3. Datos estadísticos

Como una primera aproximación a los datos estadísticos, puedo decir que, se han analizado, como ya comenté anteriormente, **160 Sentencias**, de las que, 137 Sentencias corresponden a los Tribunales Superiores de Justicia de todas las Comunidades Autónomas, siendo 86 sentencias (**63%**) **desestimatorias** y 51 sentencias (**37%**) **estimatorias**.

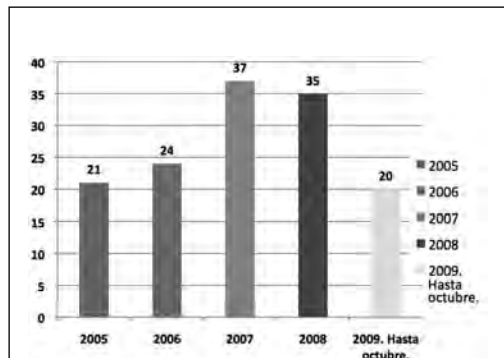
3.1. Estadísticas por años

Por años, fue el año 2007 el más conflictivo, ascendiendo el número de Sentencias dictadas a 37, lo que supone un 27% del total.

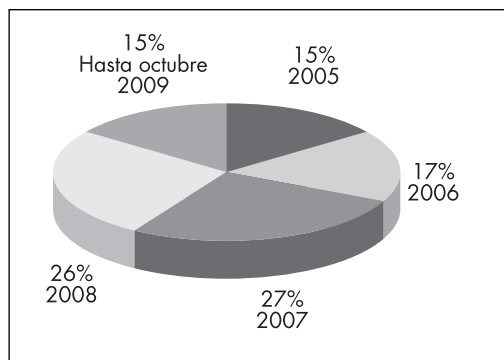
En particular como podemos observar en las gráficas 1 y 2, la secuencia por años ha sido la siguiente: en el año **2005**, la sentencias dictadas fueron 21 (15%), en el año **2006**, el número de sentencias dictadas ascendió a 24 sentencias (17%), la subida fuerte se produjo en el año **2007**, con 37 sentencias (27%), en el año **2008** se ha mantenido la escalada ascendente aunque en menor medida, ascendiendo la cifra de sentencias dictadas a 35 (26%), por último, parece que el año **2009** (hasta el mes de octubre) puede terminar con un menor número de Sentencias en materia de responsabilidad patrimonial por parto, ascendiendo a 20 (15%).

GRÁFICO 1.

Número demandas por años. TSJ

**GRÁFICO 2.**

Número demandas por años. TSJ



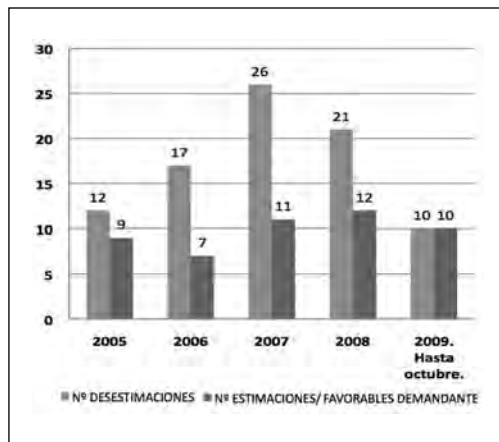
Quizás más interesante que el número de Sentencias es conocer el número de estimaciones y desestimaciones, así en la gráfica 3 observamos los siguientes datos:

- Año 2005: 12(57%) desestimaciones y 9 (43%) estimaciones.
- Año 2006: 17 (71%) desestimaciones y 7 (29%) estimaciones.
- Año 2007: 26 (70%) desestimaciones y 11 (30%) estimaciones.
- Año 2008: 21 (60%) desestimaciones y 12 (34%) estimaciones.
- Año 2009: 10 (50%) desestimaciones y 10 (50%) estimaciones.

Como vemos el año más preocupante es 2009, donde el número de estimaciones alcanza el 50%, aunque el año más conflictivo que fue 2007 la cifra de estimaciones se quedó en el 30%.

GRÁFICO 3.

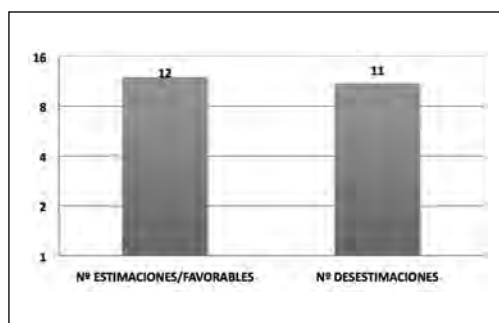
Estimaciones-desestimaciones por año. TSJ



Por comparación, podemos observar en la gráfica 4 que el número total de sentencias por responsabilidad patrimonial en materia de partos en el Tribunal Supremo se sitúa en tan solo 23 sentencias de las que 12 sentencias (52%) fueron desestimatorias y 11 sentencias (48%) fueron estimatorias, de lo que se deduce que el Tribunal Supremo tiende a estimar más demandas en materia de partos que los Tribunales Superiores de Justicia.

GRÁFICO 4.

Núm. estimaciones-desestimaciones. TS



Por años, el número de demandas en el Tribunal Supremo, como se puede observar en la gráfica 5 se distribuye de la siguiente manera:

- Año 2005: 3 Sentencias, de las que 2(67%) son desestimaciones y 1 (33%) son estimaciones.
- Año 2006: 3 Sentencias, de las que 1 (33%) son desestimaciones y 2 (67%) estimaciones.

- Año 2007: 9 Sentencias, de las que 5 (56%) son desestimaciones y 4 (44%) son estimaciones.
- Año 2008: 3 Sentencias, de las que 2(67%) son desestimaciones y 1 (33%) son estimaciones.
- Año 2009: 5 Sentencias, de las que 3 (60%) son desestimaciones y 2 (50%) son estimaciones.

De nuevo, al igual que ocurre con los Tribunales Superiores de Justicia, el año donde más sentencias estimatorias se han dictado es el año 2009, y nuevamente, el año más conflictivo fue 2007, con el mayor número de sentencias en la materia objeto de estudio.

GRÁFICO 5.

Demandas por año. Tribunal Supremo



Respecto de las **mayores cuantías indemnizatorias concedidas, por años**, podemos concluir, de acuerdo con la tabla 1, que entre los Tribunales Superiores de Justicia, la cuantía más elevada se concedió en el año **2005**, ascendió a **750.000 euros** y se trata de la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 763/2005, de 29 de abril de 2005, relativa a una hipoxia fetal e infección nosocomial, con lesiones para el hijo. En el ámbito jurisdiccional del Tribunal Supremo, las indemnizaciones más altas concedidas ascienden a **601.012,00 euros**, se trata de la Sentencia de 15 de marzo de 2007 (núm. de Recurso 4106/02), relativa igualmente a una encefalopatía hipóxico-isquémica del neonato y una segunda Sentencia con igual cuantía indemnizatoria de fecha 20 de octubre de 2009 (Núm. de Recurso

855/05), relativa a una distensión de esfínteres en un parto con fórceps, con lesiones para la madre.

Por años, como podemos observar en la tabla 1, las mayores cuantías indemnizatorias se refieren a los siguientes **eventos**:

- Respecto de los **Tribunales Superiores de Justicia**, curiosamente, todos ellos conceden las mayores cuantías indemnizatorias al mismo evento dañoso, esto es, **Encefalopatía hipóxico-isquémica**, de forma que las cuantías fueron las que a continuación detallo:
 - **Año 2005**: 750.000 euros, se trata, como anteriormente comenté de la Sentencia del TSJ de Valencia de 29 de abril de 2005.
 - **Año 2006**: la cuantía más elevada concedida fue mucho menor, 198.283 euros, se trata de la Sentencia el TSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2006.
 - **Año 2007**: la mayor cuantía indemnizatoria concedida se elevó a 700.000 euros, se trata de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007.
 - **Año 2008**: la mayor cuantía ascendió a 550.000 euros, se trata de la Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2008.
 - **Año 2009**: la mayor cuantía fue de 600.000 euros, se trata de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 23 de julio de 2009.
- Respecto del **Tribunal Supremo**, las mayores cuantías concedidas según el año, fueron las siguientes:
 - **Año 2005**: se concedió 547.417 euros por una hipoxia fetal, por retraso en la realización de la cesárea, la Sentencia es de fecha 7 de diciembre de 2005.
 - **Año 2006**, la mayor indemnización fue de 480.609,68 euros por una gestación no diagnosticada como gemelar por no realizar las ecografías correspondientes, la Sentencia fue de fecha 28 de junio de 2006.
 - **Año 2007**, la mayor cuantía ascendió a 601.012,10 euros por una encefalopatía hipóxico-isquémica de niño, la Sentencia fue de fecha 15 de marzo de 2007.
 - **Año 2008**, la indemnización mayor fue de 600.000 euros por una asfixia perinatal, la Sentencia fue de fecha 27 de junio de 2008.
 - Y por último, **Año 2009**, la indemnización fue nuevamente de 601.012,10, en este caso por una distensión de esfínteres de la madre, en un

TABLA 1.
Demandas y cuantías por años (2005-2009)

Tribunales Superiores de Justicia					
Años	Total demandas	Núm. desestimaciones	Núm. estimaciones/ favorables demandante	Mayor cuantía concedida (euros)	Sentencia
2005	21	12	9	750.000,00	763/05. 29-04-05. Valencia. Hipoxia fetal-Infección Nosocomial. L/Hijo
2006	24	17	7	198.283,38	330/06. 10-05-06. Cataluña. Encefalopatía H-I. L/Hijo
2007	37	26	11	700.000,00	1062/07. 28-12-07. Cataluña. Encefalopatía H-I L/Hijo.
2008	35	21	12	550.000,00	1881/08. 30-09-08. Madrid. Encefalopatía H-I. L/Hijo
2009 (hasta oct.)	20	10	10	600.000,00	1247/09. 23-07-09. Madrid. Encefalopatía H-I. L/Hijo.
Total	137	86	51		
Tribunales Supremo					
Años	Total demandas	Núm. desestimaciones	Núm. estimaciones/ favorables demandante	Mayor cuantía concedida (euros)	Sentencia
2005	3	2	1	547.417,00	6367/01. 7-12-05. Hipoxia retraso realización cesárea.
2006	3	1	2	480,809,68	4230/02. 28-06-06. Gestación no diagnosticada como gemelar por no realizar ecografías. M/1.º Hijo-L/2.º Hijo.
2007	9	5	4	601.012,12	4106/02. 15-03-07. Encefalopatía H-I. L/Hijo
2008	3	2	1	600.000,00	3768/04. 27-06-08. Asfisia perinatal. L/Hijo
2009 (hasta oct.)	5	3	2	601.012,00	855/05. 20-10-09. Distensión esfínteres parto con fórceps. L/Madre.
Total	23	12	11		

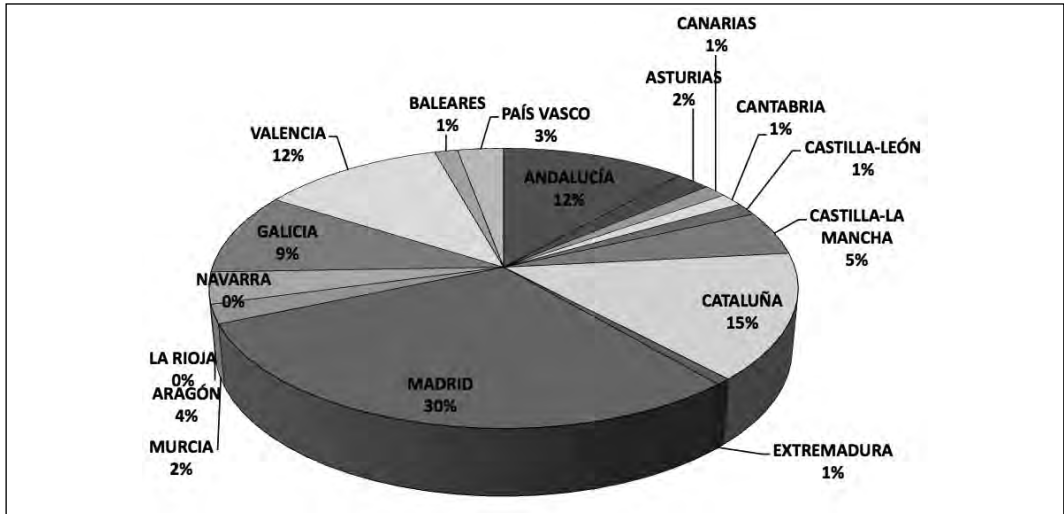
parto con fórceps y la Sentencia fue de fecha 20 de octubre de 2009.

A modo de conclusión, una vez analizados los datos anteriores podemos decir que la media de las mayores cuantías concedidas por los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial por parto asciende a **562.859,41 euros**, cifra elevada y que además corrobora que se indemnizan con mayores cuantías las lesiones que las muertes, pues en ninguna de las Sentencias comentadas se concedieron las mayores cuantías a un fallecimiento, es decir, siempre se alegaba como daño secuelas físicas permanentes bien de la madre, bien de los hijos.

3.2. Estadísticas por comunidades autónomas

En cuanto a los datos estadísticos correspondientes a las Comunidades Autónomas, podemos observar en la gráfica 6 que de todas las regiones, las más conflictivas son **Madrid y Cataluña**, acumulando cada una de ellas el **30%** (41 Sentencias) y el **15%** (20 Sentencias) de las demandas, respectivamente, hecho que es absolutamente normal dado el censo de población de ambas Comunidades Autónomas. En el polo opuesto, otras regiones como Navarra y La Rioja no cuentan con representación gráfica.

GRÁFICO 6.
Demandas por comunidades autónomas. Años 2005-2009



En relación con los datos del resto de Comunidades Autónomas, como se puede observar en la gráfica 7, en número absoluto, las cifras de Sentencias emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia serían: 16 emitidas en Andalucía y Valencia, en cada una de ellas, 13 Sentencias en Galicia y el resto oscilan entre 7 y 1 Sentencias.

En lo que se refiere al número de estimaciones y desestimaciones, de la gráfica 8 cabe inferir que los datos son muy variados en función de cada Comunidad Autónoma. Centrándonos en las **cinco regiones con mayor número de Sentencias** durante los años 2005-2009, nos encontramos con los siguientes datos:

- **Madrid:** cuenta con una total de **41 Sentencias**, de las que 10 (24%) son estimatorias y 31 Sentencias (76%) son desestimatorias. De esta forma, a pesar de que Madrid es la Comunidad Autónoma con mayor número de demandas, también es cierto, que el Tribunal Superior de Justicia es el más proclive a desestimar las mismas en materia de partos.
- **Cataluña:** cuenta con un total de **20 Sentencias**, de las que 10 (50%) son estimatorias y las otras 10 Sentencias restantes (50%) son desestimatorias. En definitiva, en comparación con Madrid, el TSJ de Cataluña tiene una mayor tendencia a estimar las demandas de responsabilidad patrimonial por parto.
- En el mismo sentido que la anterior podemos hablar de la **Generalitat Valenciana** donde de las **16 Sentencias**, el 50% son estimatorias y el otro 50% desestimatorias.

GRÁFICO 7.

Número demandas por comunidades autónomas. Años 2005-2009

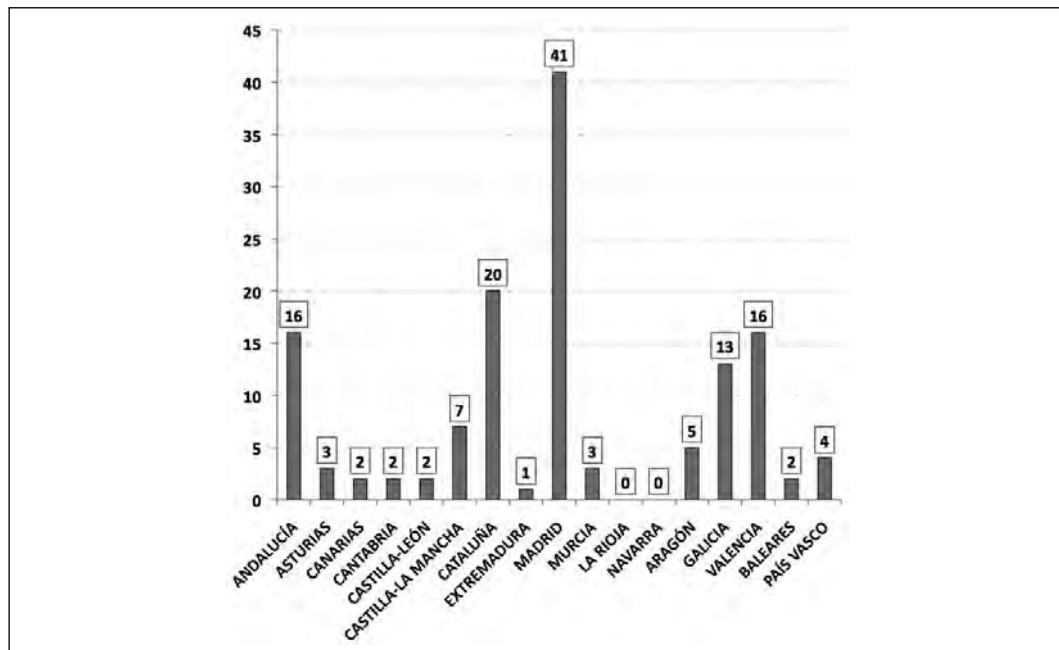
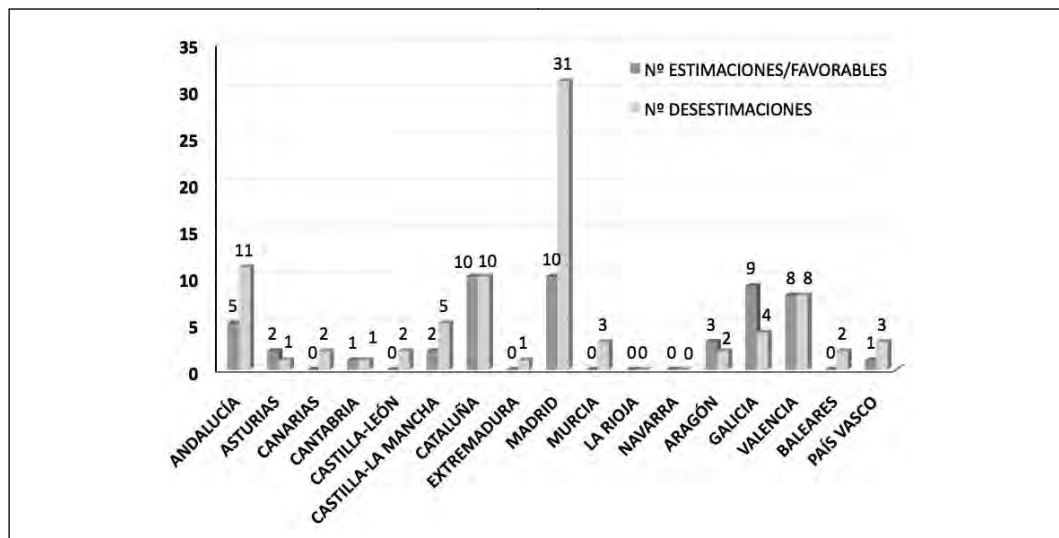


GRÁFICO 8.

Número estimaciones-desestimaciones



- **Andalucía**, cuenta con una total de **16 Sentencias**, de las que 5 (31%) son estimatorias y 11 (69%) son desestimatorias, igualando prácticamente los porcentajes con los que cuenta Madrid.

- Por último, **Galicia** con un total de **13 Sentencias** emitidas, cuenta con 9 Sentencias estimatorias (69%) y 4 desestimatorias (31%), lo que significa que, al contrario que Madrid, ésta es la región

cuyo Tribunal Superior de Justicia es más proclive a sentencias a favor de los pacientes.

Desde otra perspectiva, podemos hacer referencia a las **mayores cuantías concedidas por los Tribunales Superiores de Justicia** durante los años 2005-2009, de forma que como se expone en la tabla 2, las mayores indemnizaciones son las siguientes:

- **750.000 euros** por una hipoxia fetal e infección nosocomial, concedida por el TSJ de Valencia en sentencia de 29 de abril de 2005.
- **700.000 euros**, así mismo por una Encefalopatía hipoxico-isquémica, concedida por el TSJ de Cataluña en sentencia de 28 de diciembre de 2007.
- **Y 600.000 euros**, de nuevo por una Encefalopatía, concedida por el TSJ de Madrid, en sentencia de 23 de julio de 2007.

TABLA 2.
Demandas y mayores cuantías por comunidades autónomas

Comunidad Autónoma	Núm. demandas totales	Núm. estim./ favor.	Núm. desestim.	Núm. lesiones hijo	Núm. lesiones madre	Núm. muertes hijo	Núm. muertes madre	Mayor cuantía concedida (euros)	Sentencia y evento dañoso
Andalucía	16	5	11	8	6	3	1	327.282,31	12-03-09. Contagio VIH. M/ Madre L/Hijo
Asturias	3	2	1	0	0	3	0	113.574,42	30-04-09 Shock Hipovolémico. M/ hijo
Canarias	2	0	2	0	1	1	0	0,00	0
Cantabria	2	1	1	1	1	0	0	93.943,00	17-10-05 Encefalopatía H-I. M/Hijo
Castilla-León	2	0	2	1	1	0	0	0,00	
Castilla-La Mancha	7	2	5	5	1	1	0	30.000,00	09-10-06 Muerte fetal anteparto. M/hijo
Cataluña	20	10	10	8	6	6	2	700.000,00	28-12-07 Encefalopatía H-I. L/Hijo 90% Discapacidad
Extremadura	1	0	1	0	0	1	0	0,00	
Madrid	41	10	31	16	17	9	0	600.000,00	23-07-09. Encefalopatía H-I. L/Hijo
Murcia	3	0	3	1	1	1	0	0,00	
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0	0,00	
Navarra	0	0	0	0	0	0	0	0,00	
Aragón	5	3	2	1	3	2	0	250.000,00	06-06-09. Rotura uterina e histerectomía. L/Madre y M/Hijo
Galicia	13	9	4	6	4	3	1	500.000,00	14-03-07. Sépsis Neonatal. Transmisión vertical. L/Hijo. 95% Discapacidad
Valencia	16	8	8	9	5	2	1	750.000,00	29-04-05. Hipoxia. Infección Nosocomial. L/Hijo 65% Discapacidad.
Baleares	2	0	2	1	1	0	0	0,00	
País Vasco	4	1	3	3	0	1	0	En ejecución de Stc	14-05-09. Encefalopatía H-I. L/Hijo
Total TSJ	137	51	86	60	47	33	5		
Tribunal Supremo	23	11	12	17	3	4	0	601.012,00	22-12-04. Distensión de Esfínteres. L/Madre

3.3. Estadísticas por eventos dañados

Finalmente, queda por examinar los datos estadísticos de las 160 Sentencias objeto del presente estudio desde el punto de vista de los diferentes eventos dañados.

En las gráficas 9 y 10, se muestra que el evento dañoso por excelencia es la **Encefalopatía hipoxico-isquémica**, que representa el 22% de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y el 13% de las Sentencias del Tribunal Supremo.

GRÁFICO 9.
Porcentaje demandas por evento dañoso. TSJ

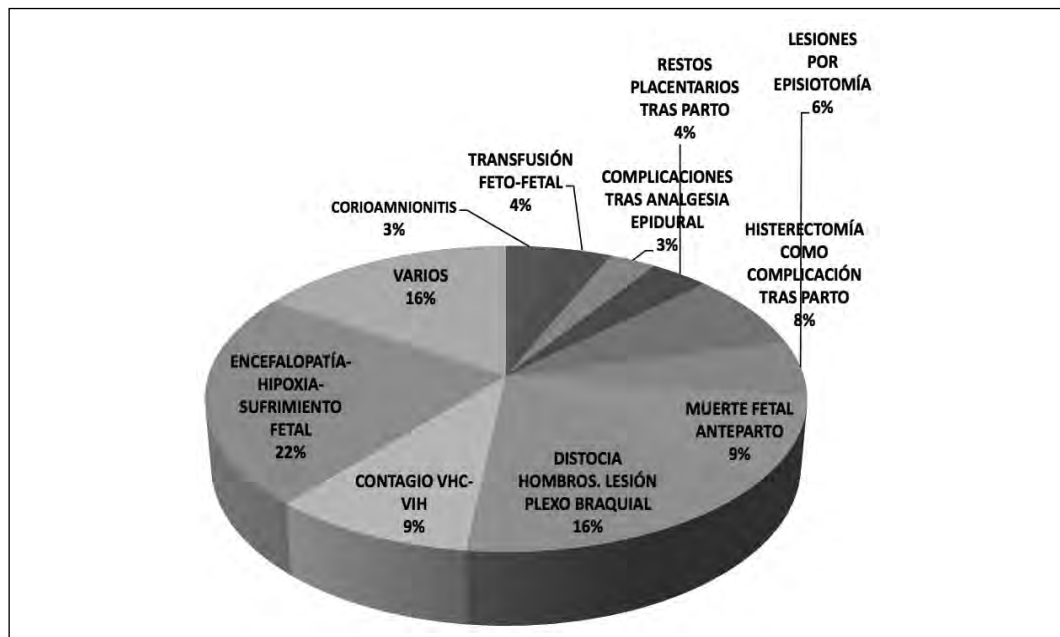
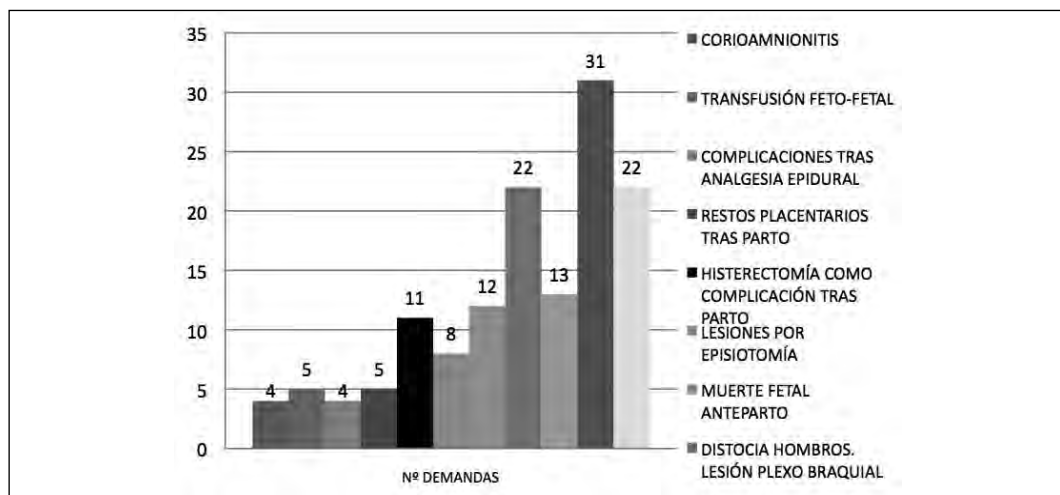


GRÁFICO 10.
Número demandas por evento dañoso. TSJ



En cuanto al resto de eventos, los que cuentan con mayor representación son los siguientes:

La **Distocia de Hombros** representa el **16%** de las Sentencias emitidas por los TSJ, representando solamente el 2% en el TS.

- El apartado **Varios Eventos Dañosos** representa el **16%** de las Sentencias emitidas por los TSJ representando solo el 5% en el TS. En este apartado se encuentran más de veinte sucesos diferentes, entre los que podemos citar, la Preeclamsia, Leucomalacia periventricular en prematuro, daños estéticos tras cesárea o error diagnóstico en la muerte del recién nacido.
- El **contagio de Hepatitis C o Sida** representa el **9%** de las Sentencias emitidas por los TSJ.
- Y por último, la Muerte fetal Anteparto, representa el **9%** del total de las Sentencias de los TSJ.

Muy interesantes son los datos referidos a las **mayores cuantías concedidas según el tipo de evento dañoso**, los cuales se muestran en la tabla 3.

De estos datos deducimos que la lesión que mayor valor tiene continúa siendo la **encefalopatía hipoxico-isquémica**, circunstancia comprensible teniendo en cuenta que las lesiones suelen ser muy graves de forma que los niños afectados pueden ser reconocidos con grados de discapacidad de hasta el 95%; igualmente se concede gran valor a la **distensión de esfínteres** tras el parto, pues en muchos casos, son madres jóvenes que, incluso, tienen reconocida la incapacidad permanente para trabajar. En el lado contrario, podemos citar como los daños menos valorados, la presencia de restos placentarios tras el parto, y la muerte fetal por corioamnionitis.

TABLA 3.
Demandas y cuantías por eventos dañosos

Tribunales superiores de justicia				
Eventos dañosos	Núm. demandas	Núm. estimaciones	Núm. desestimaciones	Mayor cuantía concedida (€)
Corioamnionitis	4	2	2	35.000,00
Transfusión feto-fetal	5	3	2	300.000,00
Complicaciones tras analgesia epidural	4	1	3	300.000,00
Restos placentarios tras parto	5	2	3	6.981,53
Histerectomía como complicación tras parto	11	4	7	250.000,00
Lesiones por episiotomía	8	4	4	190.000,00
Muerte fetal anteparto	12	5	7	85.000,00
Distocia hombros. Lesión plexo braquial	22	7	15	185.000,00
Contagio VHC-VIH	13	4	9	327.682,38
Encefalopatía-hipoxia-sufrimiento fetal	31	12	19	750.000,00
Varios	22	7	15	500.000,00
				Sepsis neonatal. Transmisión vertical
Total	137	51	86	

TABLA 3.
Demandas y cuantías por eventos dañosos (continuación)

Tribunal Supremo				
Eventos dañosos	Núm. demandas	Núm. estimaciones	Núm. desestimaciones	Mayor cuantía concedida (€)
Corioamnionitis	0	0	0	0
Transfusión feto-fetal	0	0	0	0
Complicaciones tras analgesia epidural	0	0	0	0
Restos placentarios tras parto	0	0	0	0
Histerectomía como complicación tras parto	1	0	0	0
Lesiones por episiotomía	0	0	0	0
Muerte fetal anteparto	1	1	0	180.000,00
Distocia hombros. Lesión plexo braquial	2	0	2	0
Contagio VHC-VIH	1	v0	1	0
Encefalopatía-hipoxia-sufrimiento fetal	13	7	6	601.012,10
Varios	5	3	2	601.012,10
				Distensión esfínteres. Parto con fórceps
Total	23	11	12	

4. El régimen de responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria con ocasión del parto. Análisis de los elementos jurídicos comunes en las sentencias examinadas

Una vez examinados los datos estadísticos pasamos a analizar los elementos comunes que se encuentran en prácticamente todas las sentencias objeto del presente estudio, se trata de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. De esta manera la mayor parte de las Sentencias estu-

diadas, tanto estimatorias como desestimatorias, realizan un recorrido jurídico que comienza con los preceptos que regulan el régimen de responsabilidad patrimonial, así como los requisitos exigidos, para después complementarlos con los condicionamientos propios del derecho sanitario que se han ido forjando a lo largo de los años a raíz de numerosas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

4.1. Los requisitos de la Responsabilidad Patrimonial

- **Sentencia 535/05 de 13 de julio** (TSJ Galicia. Desgarro de la mucosa rectal tras episiotomía), Sentencia 221/08 de 9 de abril (TSJ Galicia. Perforación útero durante legrado por aborto):

Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, y se desarrolla en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el **Real Decreto 429/93**, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Un examen sucinto de **los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración**, permite concretarlos del siguiente modo:

- a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a **daño** o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.
- b) En segundo lugar, la lesión se define como **daño ilegítimo**.
- c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de **potestades públicas**.
- d) Finalmente, la lesión ha de ser **real y efectiva**, nunca potencial o futura, debiéndose dar el necesario **nexo causal** entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (sentencias de 11 de febrero de 1995, 28 de enero y 13 de febrero de 1999) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, se configura como una **responsabilidad objetiva** o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido **normal o anormal**, por lo cual no sólo no es menester demostrar que los titulares de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. A su vez, como ha declarado la sentencia del TS de 26 de septiembre de 1998, **es una responsabilidad directa** por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido (7).

Como recuerda la sentencia del T.S de 6 de octubre de 1998, **resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre el nexo causal** «Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose con carácter general a un carácter directo, inmediato y exclusivo del nexo causal entre la actividad administrativa y el daño, que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no queda excluido que dicha relación causal pueda aparecer **bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes**, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad.

Ahora bien, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados (sentencias T.S de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999), en ocasiones la jurisprudencia (sentencia Sala 3.^a TS de 10 de febrero de 1998) ha hecho depender la obligación de indemnizar de **la vulneración o no de la «lex artis ad hoc»**. En este sentido la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2001 razona que cuando del servicio sanitario o médico se trata el **«empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido»**.

En definitiva, la anterior tendencia objetivadora no puede hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que **este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales** de todos los riesgos sociales (Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

Puede fácilmente entenderse que la naturaleza de la actividad administrativa que nos ocupa en la que convergen la acción de la propia Administración pero también **el estado físico del usuario** del servicio y el curso natural de procesos que la ciencia o la técnica, en el momento actual de los conocimientos, no puede evitar o minorar con la producción final de un resultado que se nos presenta como inevitable o imprevisible. La exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración en estos supuestos se nos aparece como una deducción que olvida que, en el ámbito de la acción prestacional sanitaria, la obligación no puede concebirse como una obligación de resultado, la sanación com-

pleta del individuo, sino de medios. No pudiendo ampararse esa construcción tampoco en los derechos reconocidos en los artículos 41 y 43 de nuestra norma suprema, pues en esta **se consagra un derecho a la protección de la salud no un derecho a la salud**, éste último de imposible garantía.

Una lectura distinta del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convertirla al mismo en una suerte de aseguramiento universal no ya de todos los riesgos sociales, tesis expresamente rechazada por nuestra jurisprudencia, sino incluso del actuar irreversible de procesos naturales inevitables.

4.2. La Lex Artis

Íntimamente relacionado con la anterior exposición jurídica que contienen numerosas Sentencias, quiero hacer una breve referencia a algunos comentarios que se recogen en otras resoluciones y que tienen que ver con el cumplimiento de la *lex artis* configurado como un elemento fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad en el ámbito sanitario:

- **Sentencia 1828/07 de 19 de abril** (TSJ Andalucía. Daños estéticos tras cesárea):

Afirma la Sala que la Sala III del T.S declara en Sentencia de 14 de octubre de 2002 que cuando del servicio sanitario se trata, el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, **aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica**, si esta se realizó correctamente y **de acuerdo con el estado del saber**, se está ante una lesión que **no constituye un daño antijurídico**. Añadiendo por Sentencia de la Sala III del T.S de 28 de marzo de 2006 que lo que excluye la antijuridicidad del daño, como título de imputación de responsabilidad a la administración es la acreditación y la certeza que dicha actuación sanitaria ha sido correcta y ajustada a la *lex artis*. Esta prueba es carga de la administración, afirma la sala, como expone el T.C por Sentencia de 28 de noviembre de 1991, al señalar que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en litigio la obligación de colaborar con los tribunales (art. 118 C.E) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, doctrina que se ha trasladado a la jurisdicción ordinaria en el sentido de que la obligación de probar debe conjugarse con el **principio de facilidad de probar**.

4.3. La Carga de la Prueba

Precisamente, en relación con la carga de la prueba encontramos un comentario interesante:

- **Sentencia 139/09 de 14 de mayo** (TSJ Extremadura. Fallecimiento recién nacido):

Una vez acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, **no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación**. De otra forma se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y **se trasladaría al afectado la carga** de un hecho de demostración imposible. Por el contrario, probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la **«facilidad de la prueba»**, aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas (SSTS de 25 de abril 2007 (casación 273/03, FJ 3.º) y 2 de noviembre de 2007 (casación 9309/03, FJ 4.º)).

4.4. Los denominados riesgos del progreso

Por otro lado, en cuanto al carácter limitado de la ciencia médica, he querido resaltar las siguientes sentencias que hacen referencia a los riesgos del progreso:

- **Sentencia 54/05 de 14 de octubre de 2005** (TSJ Canarias. Obstrucción uréter por histerectomía tras cesárea), Sentencia 1444/07 de 28 de septiembre (TSJ Valencia. Contagio VHC):

Esta apreciación de si hubo un uso correcto de la técnica, con vistas a tener o no por establecido la existencia del nexo causal, sin entrar en si tal uso fue o no negligente, es muy delicada, pues **la medicina, no suele presentar un único método**, por más que la protocolización de los actos médicos permita llegar a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, aun existiendo otros que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados.

Y, como es sabido, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.

...la antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evi-

tar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso (8).

4.5. El consentimiento informado

En relación a la exigencia del Consentimiento informado, podemos destacar los siguientes comentarios contenidos en algunas Sentencias:

- **Sentencia 80/08 de 3 de marzo** (TSJ Castilla-La Mancha. Distocia de hombros):

Y en relación con la ausencia de CI, el propio perito judicial señaló la innecesidad **al no existir intervención quirúrgica**, tratarse en principio de un parto normal y dado la imprevisibilidad de la distocia de hombros.

- **Sentencia 943/05 de 28 de septiembre** (TSJ Madrid. Histerectomía por infección puerperal):

En cuanto a la inexistencia de consentimiento informado para la realización de la cesárea carece, en este caso concreto, de relevancia pues se informara —o no— de que uno de los riesgos de la intervención era la posibilidad de infecciones **en nada iba a alterar la decisión de someterse a la cesárea, necesaria y urgente**.

- **Sentencia 54/05 de 14 de octubre** (TSJ Canarias. Obstrucción uréter por histerectomía tras cesárea):

Hubo un **daño previsto en el C.I** por tanto no existe lesión resarcible porque **falta el necesario carácter antijurídico** del perjuicio sufrido.

- **Sentencia 833/07 de 26 de junio** (TSJ Madrid. Estenosis vaginal tras episiotomía):

Cuestión distinta, afirma la Sala, es la relativa a la ausencia de consentimiento informado. Dicho documento no consta en el expediente, **aunque en la HC se refleja que la paciente fue debidamente informada, sin embargo** la sala no considera como acreditado que se informara a la actora de los riesgos inherentes sino solo de la necesidad de inducción al parto, y tal omisión debe considerarse, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo como **un daño autónomo** que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser por sí mismo indemnizado, suponiendo un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la actuación sanitaria (9).

- **Sentencia 33/07 de 19 de enero** (TSJ Cataluña. Histerectomía por hemorragia tras cesárea):

Respecto de la inexistencia de consentimiento informado, en base a la ley 41/02, la **información puede ser verbal**, pero, es necesario que se dé efectivamente y **se deje constancia en la historia clínica**, en este caso, no hay constancia de que se hubiese informado a la paciente de manera detallada y comprensible del alcance de la patología, ni de las alternativas terapéuticas ni de que tuviese constancia de los riesgos de cada una de las mismas. **La carga de la prueba corresponde a la administración**. Al no haberse informado a la paciente se trasladó la responsabilidad de la decisión, es decir, el riesgo de complicaciones que la intervención podía provocar se traslada del paciente al equipo médico que la atendía.

- **Sentencia 139/09 de 14 de mayo** (TSJ Extremadura. Fallecimiento recién nacido):

En cuanto al consentimiento informado, **una vez acreditada la falta de vulneración de la lex artis durante la actuación médica** y la inexistencia de relación de causalidad entre esta actuación y el resultado de muerte, basta reproducir los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para rechazar el motivo alegado. La STS de 26 de febrero de 2004 señala que «aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 en la que se afirma que **para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico** porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos (en el mismo sentido, STS de 23 de febrero de 2007).

- **Sentencia del Tribunal Supremo 6354/02 de 13 de julio de 2007** (contagio VHC pos-transfusional tras parto):

En cuanto a la ausencia de C.I, señala el T.S, «El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que **la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada**. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica. **Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de**

modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito.»

4.6. La prescripción de la acción

En relación con el plazo para reclamar. Destaco los siguientes comentarios extraídos de las resoluciones examinadas:

• **Sentencia 1485/09 de 19 de junio** (TSJ Castilla León. Encefalopatía hipóxico-isquémica):

Según reiterada jurisprudencia del T.S se consideran enfermedades de **evolución imprevisible** las derivadas del contagio de la hepatitis C o del VIH o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos casos ha afirmado esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que **el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento**, pero sin que dichas secuelas «puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo» (10).

Por el contrario, señala la misma Sentencia, y a título de ejemplo, han merecido **la calificación de permanentes los daños** derivados de una parálisis cerebral invariable padecida por recién nacidos [sentencias de 28 de febrero de 2007 y 18 de enero de 2008], o la amputación de una pierna provocada por una deficiente asistencia médica [sentencia de 21 de junio de 2007] ...«**daño permanente no es sinónimo de intratable**; ese concepto jurídico indeterminado alude a una lesión irreversible e incurable, cuyas secuelas quedan perfectamente determinadas desde la fecha en que tiene lugar el alta médica, **que no pueden confundirse con los padecimientos que derivan de la enfermedad, susceptibles de evolucionar en el tiempo** (sentencia de 18 de enero de 2008, ya citada) y frente a los que cabe reaccionar adoptando las decisiones que aconseja la ciencia médica.

5. Las conclusiones

Para finalizar, queda por exponer las principales conclusiones que se extraen del análisis de las 160 Sentencias objeto del presente estudio:

1. Si queremos construir un régimen razonable de la responsabilidad médica es preciso establecer, con absoluta claridad, el ámbito en el que pueden ejercer su profesión sin el temor de enfrentarse a exigencias derivadas de acciones judiciales, simplemente en atención a la altísima misión que están llamados a desarrollar.
2. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano.
3. La mecánica de la responsabilidad patrimonial de la Administración **no puede objetivarse hasta el extremo** de pretender deducirla siempre que se produce un resultado lesivo por el mero hecho de la intervención de los servicios sanitarios públicos. Siguiendo esta línea, podría desembocarse en la disparatada pretensión de exigir responsabilidad cada vez que un paciente fallece —aunque el fallecimiento sea inevitable— en el hospital de la Administración donde está siendo asistido. Es precisa la evidencia de insuficiencia o inadecuación de la asistencia prestada, la evidencia de falta de pericia o de falta de medios. Cuando tal no sucede no existe responsabilidad patrimonial.
4. No existe aún prueba o método alguno que pueda diagnosticar todos los problemas que la práctica obstétrica plantea.

6. Bibliografía

- (1) Guerrero Zaplana J. *Las reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria*. Lex Nova 2005. Pag. 25.
- (2) Siso Martín J. *Responsabilidad Sanitaria y Legalidad en la Práctica Clínica*. Escuela Andaluza de Salud Pública 2003. Pag. 13.
- (3) Siso Martín J. *Responsabilidad Sanitaria y Legalidad en la Práctica Clínica*. Escuela Andaluza de Salud Pública 2003. Pag. 14.
- (4) Lorenzo Montero J. *Aspectos Médico Legales en Ginecología y Obstetricia*. Ed. Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia 1997. Pag. 153.
- (5) Lorenzo Montero J. *Aspectos Médico Legales en Ginecología y Obstetricia*. Ed. Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia 1997. Pag. 287.
- (6) Lorenzo Montero J. *Aspectos Médico Legales en Ginecología y Obstetricia*. Ed. Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia 1997. Pag. 343.
- (7) Así se deduce del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, pues sólo excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia

del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en los casos de fuerza mayor. Por lo tanto, quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

- (8) Ello es lo que justifica que se haya incorporado esta cláusula a la LRJAP y PAC en el art. 141-1 in fine.
- (9) Zaplana J.G *Las Reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria*, 2004. Ed. Lex Nova Pag 244: señala que parece razonable que aunque la exigencia del consentimiento informado sea evidente lo que no se debe admitir es que sea posible obtener, por la vía de la falta de consentimiento informado, aquella indemnización que, posiblemente, no se habría obtenido si se tratase de valorar hasta qué punto la asistencia se ha acomodado a la *lex artis*.
- (10) Sin embargo la Sentencia del T.S. 4230/2002 de 28 de junio de 2006, considera daño continuado las lesiones neurológicas que sufre el niño derivadas de la encefalopatía hipoxico-isquémica sufrida durante el parto. En contrario sentido, se pronuncia la Sentencia del TS 4224/02 de 18 de enero de 2008 relativa al mismo evento dañoso, pues, señala: carece de fundamento el intento que efectúa la representación de la actora en orden a convencer a la Sala de que estamos en presencia de un daño continuado y no, de un daño permanente, ya que los argumentos de la recurrente parten de una inequívoca confusión entre secuelas y padecimientos. Hemos de dejar sentado que, en el presente caso, nos encontramos ante la existencia de un daño permanente, dado que en el diagnóstico del hijo de la recurrente, que se realizó tras el parto.

Revisión de sentencias años 2008 y 2009. Responsabilidad en el campo de la ginecología y obstetricia

María Sutil Fernández

1. Objetivo
2. Material y método
3. Introducción
4. Resultados
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Objetivo

Valorar un total de 60 sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Comunidad Valenciana, y Comunidad de Madrid, relativas a la responsabilidad profesional de ginecólogos y obstetras. Se valorarán solamente las dictadas en el Orden Contencioso Administrativo durante los años 2008 y 2009. A través de dicho análisis, se pretende determinar la orientación de la jurisprudencia en cada una de ellas.

2. Material y métodos

Se han analizado veinte sentencias de cada una de las comunidades autónomas citadas anteriormente durante un período de dos años, correspondientes a 2008 y 2009. En cada una de ellas se han extraído una serie de ítems comunes:

1. Si estima o desestima.
2. Cuantía solicitada por la paciente.
3. Cuantía estimada por el Tribunal.
4. Lesión producida o alegada por la paciente.
5. Motivo esgrimido por el Tribunal.

Es decir, extrayendo cada uno de estos ítems en cada una de las resoluciones, se pretende evaluar la situación contenciosa actual en lo que a la responsabilidad de los profesionales ginecólogos y obstetras se refiere, en Andalucía, Valencia y la Comunidad de Madrid.

Para la obtención de dichas resoluciones se ha utilizado la base de datos jurisprudencial de Westlaw.

3. Introducción

Tradicionalmente se han venido distinguiendo en nuestra Jurisprudencia dos tipos de responsabilidad en lo que al profesional sanitario se refiere. Por un lado, nos encontramos con la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil, llamada también responsabilidad extracontractual. Para que surja dicha responsabilidad se ha venido exigiendo el requisito de la culpa subjetiva, a la cual se hará referencia más adelante.

Por otro lado, nos encontramos con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Si bien durante mucho tiempo ha existido el criterio jurisprudencial consistente en que para poder proclamar la misma, deberíamos hablar de la culpa objetiva, a

través del presente trabajo se demostrará que esta corriente jurisprudencial está tendiendo al cambio.

Respecto a los motivos de reclamación en este campo de la ginecología y obstetricia, no cabe sino señalar que la reclamación estrella es la concerniente a la responsabilidad del ginecólogo por lesiones producidas durante el parto. En un segundo plano se encuentran las lesiones derivadas de intervenciones quirúrgicas tales como histerectomías. Otro gran bloque, presente en las tres comunidades analizadas es la falta de información. Por ello, se hará mención a la última corriente jurisprudencial, a través de la cual los Tribunales reconocen el denominado «daño moral autónomo». Todo ello se desarrollará a lo largo del presente trabajo.

4. Resultados

Para obtener una visión completa de los resultados a los que se ha llegado, en primer lugar se analizarán las resoluciones correspondientes a cada Comunidad Autónoma:

1. Andalucía

Antes de nada conviene comentar que en esta comunidad autónoma, el Tribunal Superior de Justicia conoce en la segunda instancia, mientras que en el resto de comunidades estudiadas conoce en primera. Y ello en virtud del reparto de competencias en materia de salud. Cabe citar al hilo de lo expuesto, el **artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa (1)**:

1. *Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.*

2. *Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:*

- a) *Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.*
- b) *Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de activi-*

dades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

- c) *Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.*

3. *Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.*

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

4. *Conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado.*

5. *Corresponde conocer a los Juzgados de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.*

6. *Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.*

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

Artículo 9. *Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:*

- a) *En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a sobre personal militar.*
- b) *En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b del artículo 8.*
- c) *En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i del apartado 1 del artículo 10.*
- d) *En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.*
- e) *En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político.*
- f) *En única o primera instancia, de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva.*

De las resoluciones analizadas pertenecientes a esta comunidad, puede observarse como casi en su totalidad son desestimadas por el Tribunal Superior de Justicia. Como ya se ha apuntado anteriormente, si nos referimos a la responsabilidad en el área de ginecología y obstetricia, la reclamación más repetida es la referente a las lesiones producidas al recién nacido durante el parto. Igualmente ocupa un puesto preferente el diagnóstico prenatal:

Las reclamantes generalmente apuestan en este caso por alegar la llamada «falta de oportunidad». Manifiestan que de haber conocido la malformación o enfermedad del hijo, dentro del tiempo en el que nuestro Código Penal despenaliza la interrupción del embarazo, hubieran elegido dicho camino.

En dos de las resoluciones analizadas, el Tribunal estima parcialmente. Explicaremos el porqué, que además coincide en ambas: En las dos situaciones se trata de que por parte del personal médico no quedó suficientemente acreditada su correcta actuación, o mejor dicho, no consiguieron acreditar que su actuación se ajustó durante todo el proceso asistencial a

los parámetros establecidos por la «lex artis». Es aquí cuando se plantea el problema al que se ha aludido anteriormente, respecto de la distinción entre culpa objetiva y culpa subjetiva. En todas cuantas resoluciones se han examinado, se mencionan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para poder proclamar la Responsabilidad Patrimonial. Estos son: la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente, falta de adecuación de los profesionales sanitarios a la «lex artis» y una relación de causalidad entre la actuación médica y el daño alegado por la parte. Si a la parte le corresponde probar el daño, que hemos dicho debe ser cierto, efectivo y evaluable económicamente, al profesional le corresponde acreditar ante el Tribunal, que puso a disposición del paciente todos los medios diagnósticos y curativos de los que disponía y que siguió los protocolos establecidos al efecto. En las dos resoluciones que se han mencionado, este último término no quedó acreditado, por lo que los Tribunales estimaron parcialmente y concedieron una indemnización a la parte reclamante. En el caso de la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la cuantía ascendió a casi 97 mil euros, por unas lesiones consistentes en secuelas irreparables en el bebé nacido, provocadas por una anoxia fetal.

Así, cabe citar *Aspectos Jurídicos en Ginecología y Obstetricia editado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, publicado en 2008*, en concreto el capítulo referido a la lex artis material y los protocolos (2):

«La medicina define continuamente lo que es científicamente correcto: tal es la función de un instrumento reciente conocido como protocolo, guía clínica o denominaciones semejantes. Fijan la lex artis. Junto a ello, la lex artis ad hoc particulariza lo anterior a las circunstancias de personas, tiempo y lugar concreto. (...)

Sobre quién establece los protocolos, la regla general es que puesto que se trata de una actividad científica basada en el ejercicio profesional de una ciencia concreta ni la norma, ni la administración deberían intervenir en su elaboración siendo siempre una tarea propia, aunque no exclusiva de las sociedades científicas en las que además colaboran los profesionales de cada rama o especialidad. Dichas sociedades se encargan además, de actualizar los citados protocolos que suelen tener a disposición de sus asociados y de los profesionales especialistas en general.

Respecto a la valoración jurídica, en términos legales los protocolos no tienen valor de norma jurídica como tal, es decir, como una norma de obligado cumplimiento por la comunidad y que obligue jurídicamente a parti-

culares (médicos o no) y a jueces a su observancia. (...)

Al igual que la costumbre en el Derecho, su valor aumenta en función de su vigencia, prueba y aplicación más o menos generalizada. Su base se encuentra en el llamado principio de confianza, ya en su formulación horizontal o vertical, que permite prudentemente entender como válido y correcto en principio, ante un caso concreto, lo pautado por un protocolo aplicable o adecuado al caso. (...)

Respecto a las consecuencias legales de su observancia o no, los protocolos en modo alguno limitan la libertad del médico en su toma de decisiones (libertad de juicio clínico) si bien, de apartarse del protocolo, la justificación de su conducta deberá ser más rigurosa y exhaustiva. El médico tiene libertad de decisión, pero debe justificar con rigor cuando se aparta del protocolo. En función de lo anterior se puede afirmar, siempre en términos relativos, que:

- a) El seguimiento del protocolo, en principio, exonera de responsabilidad, salvo su no adecuación a la realidad o circunstancia del caso concreto que aconseje su no seguimiento en función de la lex artis ad hoc.*
- b) El no seguimiento del protocolo en principio puede generar responsabilidad si resulta adecuado al caso concreto, dificultando obviamente, pero no impidiendo en absoluto, la prueba de la actuación correcta del profesional que se aparta del mismo.*
- c) La responsabilidad será diferente según el orden jurisdiccional ante el que eventualmente pueda exigirse.»*

Como veremos el sufrimiento fetal: anoxia, anoxemia etc, en muchos de los casos no es consecuencia de la actuación médica, sino de la evolución fetal propia.

Dejando por un momento a un lado lo concerniente a embarazos y partos, las únicas dos resoluciones de las que se han analizado en las que el TSJ de Andalucía estima, se refieren a lesiones en primer lugar: Consistentes en un retraso en el diagnóstico de cáncer de ovarios, y en segundo lugar a lesiones producidas como consecuencia de una extirpación de las trompas de Falopio.

Los motivos por los que se estiman al completo estas dos reclamaciones son los siguientes:

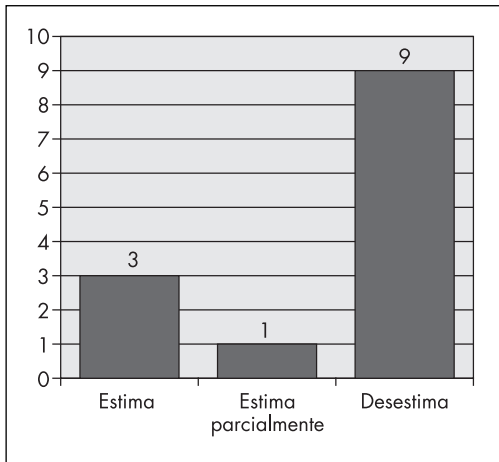
En ambos casos apelaba el Servicio Andaluz de Salud, alegando en primer lugar (retraso en el diagnóstico de cáncer de ovario) una falta de relación causal entre la actuación facultativa y los daños alegados por la paciente. El SAS alega fundamentalmente en que el retraso en el diagnóstico no influyó en la evolución de la paciente dado que, seguramente, hubiera evolucionado en el mismo sentido con un diagnóstico anterior; es decir, su actuación aun-

que no se mantuvo propiamente dentro de los criterios de la buena práctica médica, no causó un empeoramiento del estado de salud de la paciente.

Solamente se menciona esta resolución puesto que al hilo del objetivo de este trabajo, sirve enormemente para trasladar el concepto de que ya no se proclama la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por la mera existencia de un daño, sino que deben concurrir los tres requisitos precitados, para que la misma nazca.

En una de las resoluciones estudiadas, actuando el Servicio Andaluz de Salud y su compañía aseguradora como apelantes, el Tribunal Superior de Justicia concede indemnización a la paciente, en base a una efectiva infracción de la *lex artis*. Se trata de un caso en el que la lesión invocada por la paciente consiste en un sufrimiento fetal agudo, provocado por una efectiva mala práctica médica. Es interesante esta resolución, puesto que como se podrá comprobar a lo largo de este análisis, no son frecuentes las condenas en este campo, precisamente por falta de acreditación de tal extremo.

GRÁFICO 1.



Respecto a lo concerniente a las compañías aseguradoras, cabe citar igualmente *Aspectos Jurídicos en Ginecología y Obstetricia*, editado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, publicado en 2008, en concreto el capítulo referente al aseguramiento de la responsabilidad sanitaria, escrito conjuntamente por Federico de Montalvo Jääkeläinen y Javier Moreno Alemán (3):

«Existe ya algunas normas que hacen referencia específicamente al aseguramiento de la responsabilidad sanitaria. El artículo 40.3g) de la Ley 44/2003, de 21

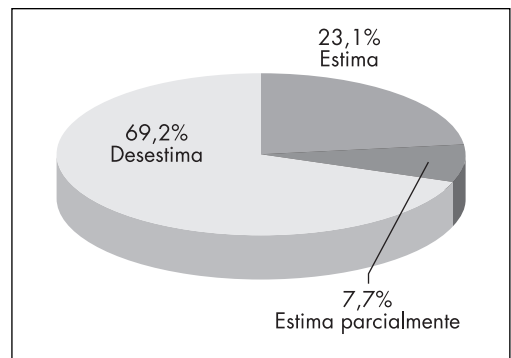
de diciembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante LOPS), fija como uno de los principios del ejercicio del ejercicio privado de la Medicina garantizar la RC profesional bien a través de entidad aseguradora, bien a través de otras entidades financieras autorizadas a conceder avales o garantías. Los términos en que se expresa dicho artículo son los siguientes: «Los servicios sanitarios de titularidad privada estarán dotados de elementos de control que garanticen los niveles de calidad profesional y de evaluación establecidos en esta ley de acuerdo con los siguientes principios: g) Garantizar la responsabilidad civil profesional bien a través de otras entidades financieras autorizadas a conceder avales o garantías. (...)»

Por lo tanto, dicha exigencia de aseguramiento queda sometida al desarrollo que de la obligación hagan las Comunidades Autónomas, lo que hasta la fecha no se ha producido. De este modo, existe más que una exigencia de aseguramiento, una previsión de hacerlo una vez que las Autonomías desarrollen y concreten los requisitos de dicho seguro de responsabilidad civil sanitaria.

En todo caso, y fuera de estas previsiones normativas, debemos recordar que no existe una normativa específica para el seguro de responsabilidad civil médica, ni una modalidad concreta de seguro para los profesionales de la medicina, por lo que hay que acudir a la normativa general.»

En el resto de resoluciones el Tribunal Superior de Justicia Andaluz, estima que no concurren los requisitos necesarios para poder proclamar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

GRÁFICO 2.

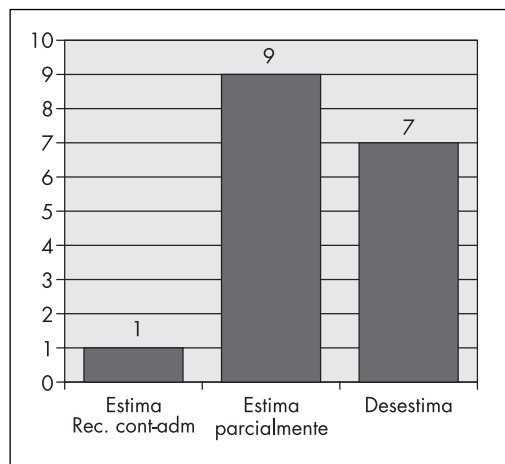


2. Comunidad Valenciana

En el estudio de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de esta comunidad autónoma, se aprecian grandes diferencias respecto de la

comunidad andaluza. Tal y como se comentará a continuación, vemos que tomando el mismo volumen de resoluciones, en este caso se concede un mayor número de indemnizaciones. Se han tomado los mismos criterios de análisis, es decir: cuantía reclamada y cuantía a la que se condena, motivo de reclamación y motivo argumentado en la resolución, y por último la lesión alegada por la paciente.

GRÁFICO 3.



En primer lugar y respecto del motivo de reclamación, efectivamente casi como en Andalucía, el 50% aproximadamente se refieren al campo de la obstetricia. De estas resoluciones, 3 se refieren al sufrimiento fetal bien durante el embarazo, bien durante el parto. En 2 de ellas la argumentación esgrimida por la parte reclamante es desestimada, en base a la falta de acreditación de mala praxis durante el proceso asistencial por parte del personal médico involucrado.

En otra de las resoluciones estudiadas, también relativa al campo de la obstetricia, se estima parcialmente. La parte reclamante solicita la cantidad de 180.000 euros, en concepto de indemnización, por el fallecimiento de un bebé como consecuencia de una aspiración meconial. El Tribunal reconoce una efectiva infracción de la *lex artis*, pero modula la cuantía solicitada.

Hemos de preguntarnos en este punto, una vez observada esta eventualidad, el porqué de esta modulación de cuantía. A menudo, la parte reclamante solicita cuantías desbordante de cientos de miles de euros, amparadas básicamente en el daño moral. Atendiendo a que los Tribunales conceden indemnizaciones usando para ello como criterio orientativo el Baremo perteneciente a Accidentes de Circu-

lación, es conveniente señalar que el mismo no contempla como concepto indemnizatorio el daño moral. De ahí, que exista un volumen importante de resoluciones que modulan la cuantía solicitada en este concepto.

Encontramos también seis reclamaciones en las cuales el motivo obedece a causas ajenas a la obstetricia, como son lesiones derivadas de histerectomías, y errores y retrasos en diagnóstico de cánceres de mama y ovario. De estas resoluciones, cuatro deniegan indemnización a la parte reclamante. En una de ellas el motivo es la prescripción de la acción de reclamación. Esta eventualidad merece especial referencia, puesto que aún reuniendo los requisitos objetivos para que la acción prospere, la misma no llega a fase condenatoria precisamente por su prescripción.

El artículo 142.5 de la ley 30/92, establece lo siguiente: «*en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motiva la indemnización o de manifestarse su efectos lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.*»

Conviene citar en este momento, **Sistema de Responsabilidad Médica, de José Manuel Fernández Hierro (4):**

«*Notemos que análogo principio referente a la prescripción se recoge explícitamente en el artículo 142.5 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas:*

La prescripción no se inicia hasta que el agraviado lo sabe; por lo que aún cuando los hechos culposos puedan ocurrir en determinada fecha, mientras que el perjudicado no sepa el daño producido (pensemos por ejemplo que el daño producido en una intervención médica que no se descubre hasta una nueva actuación posterior) no hay posibilidad de iniciar el cómputo del plazo.

Hay que resaltar además que no basta con que el perjudicado conozca el daño sufrido, sino que debe tener el conocimiento de que éste se ha producido por culpa de una actuación médica y no como consecuencia de una enfermedad o una complicación grave.

La determinación concreta del momento del conocimiento será materia probatoria, pero los Tribunales deberán tener en cuenta que se le ha producido un daño como consecuencia de una actuación culposa del profesional de la medicina.

Las sentencias de la sección 6ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1997, 19 de abril de 2001, y 21 de diciembre de 2001, señalan que cuando se trata de una enfermedad crónica ha de atenderse al momento en que

se conocen las consecuencias del acto lesivo, y que la hepatitis C es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, por lo que es claro que estamos en un anterior supuesto de daño continuado, y que por ello el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas.»

Así, a la luz de este artículo se establece la existencia de un plazo máximo de un año desde la estabilización lesional del paciente, el momento en el que el mismo conozca el alcance de sus secuelas (Aunque también existe la posibilidad de tomar como día a quo la fecha del fallecimiento del paciente, cuando ejerciten la acción familiares legitimados al efecto.)

En otra de las resoluciones en las que el Tribunal deniega cantidad indemnizatoria, el motivo para emitir este fallo se basa en la falta de sintomatología de la paciente al momento de ser asistida. La reclamante alega una falta de diagnóstico de malformaciones en el útero. Pues bien, es reconocida línea jurisprudencial aquella que manifiesta que ante tal falta de sintomatología, no puede exigirse al personal médico un diagnóstico certero. Se produce así una ruptura del nexo causal entre la actuación médica y las lesiones alegadas por la paciente.

Es interesante mencionar la Sentencia n.º 469/2008 del TSJ de Valencia, de fecha 15 de mayo de 2008. En ella, la parte reclamante alega un error en el diagnóstico prenatal, puesto que su hijo nació afecto de Síndrome de Dow. Solicitan una cantidad de 180.325 euros más 1.051 euros en concepto de pensión vitalicia para el niño. El Tribunal concede indemnización en base a la falta de una serie de pruebas diagnósticas, que privaron a los progenitores de conocer la enfermedad antedicha, por lo que se les privó igualmente de poder llevar a cabo el denominado «aborto eugenésico».

Como se puede apreciar, se modula la cuantía indemnizatoria, que finalmente asciende a 140.000 € más la pensión que se solicitaba por los reclamantes. Es decir, concede 40.000 euros menos de los solicitados. Llamativa resulta esta resolución, puesto que es conocida la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, que manifiesta que el nacimiento de un ser humano jamás podrá ser invocado ante la justicia como un daño moral. Sin embargo lo que el Tribunal Superior de Justicia Valenciano indemniza en este caso, no es el daño moral en sí, no es el nacimiento del hijo de los reclamantes, sino su pérdida de oportunidad, argumento utilizado casi en

el 90% de casos en los que el diagnóstico prenatal es erróneo.

Otra de las resoluciones estudiadas se pronuncia en el mismo sentido, al tratarse de un caso similar en el que no se diagnosticó a tiempo un Síndrome de Down. Indemniza en igual concepto de pérdida de oportunidad a los progenitores, con una cantidad idéntica a la anterior, de 140.000 euros más una pensión vitalicia para el niño.

Otra de las Resoluciones estudiadas, tiene como motivo de argumentación de la parte una mala práctica médica que finalmente provocó una parálisis braquial en el bebé. Se condena al Servicio Valenciano de Salud en base a una falta de información a la madre, sobre la alternativa de una posible cesárea, dados sus antecedentes. La cuantía asciende a 150.253,02 euros más 30.000 euros a cada progenitor. La cuantía solicitada inicialmente era de 285.253,02 euros; es decir más de 100.000 euros de diferencia.

Al hilo de lo comentado, cabe citar la **intervención del Dr. Pablo Simón Lorda, Doctor en Medicina, Magister en Bioética, en el Seminario Conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid, los días 22 y 23 de septiembre de 1997 (5):**

«El problema comienza a aparecer cuando, en un largo camino que va desde el Renacimiento hasta nuestros días, surge progresivamente la idea de que los hombres son sujetos con autonomía moral para decidir en todo lo que les afecta directamente, sea en el orden de lo individual sea en orden de los socio-político. Por ello esta idea de autonomía moral implica tres cosas muy importantes. Una, que la noción de salud ya no tiene sólo un componente «objetivo» que es el único que conoce el médico, sino también un componente «subjetivo», que sólo conoce el propio sujeto. Esto implica el fin del monopolio del saber médico sobre médico sobre lo que sean «salud» y «enfermedad» y, por tanto, llegar a la conclusión de que lo que sean tales cosas en cada momento solo puede determinarse por el encuentro entre lo que estime el médico y lo que viva el paciente. La segunda es que las relaciones humanas entre adultos no pueden estructurarse entonces, ni en el orden personal, ni en el familiar, ni en el social, ni en el político, conforme a esquemas simétricos, democráticos y consensuados. Y la tercera es que aparece por tanto un nuevo deber que no contemplaba la deontología tradicional, el deber de informar a los pacientes y solicitar su consentimiento, y que tiene la peculiaridad de que le es exigido al colectivo médico por el resto de la sociedad como un derecho inalienable.

Pero los médicos han mostrado una enorme resistencia a aceptar estas tres conclusiones del surgimiento del

concepto de autonomía moral del los pacientes. De aquí que éstos últimos hayan tenido que recurrir a los mecanismos que los modernos Estados de Derecho poseen para proteger la concepción de los ciudadanos como seres autónomos y con derechos: los mecanismos jurídicos. La historia del consentimiento informado no es pues la historia de una injustificada persecución judicial de los médicos- como muchos médicos perciben en un alarde de victimismo- sino la historia de la incapacidad de éstos para darse cuenta de que se estaba reclamando un cambio de paradigma en las relaciones sanitarias.»

Existen dos resoluciones en las que se produce el fallecimiento del bebé, una se debe a una ausencia de diagnóstico de necrogriposis, y la otra a la aspiración de líquido meconial. Las dos son estimadas parcialmente por el TSJ valenciano, una ya se ha comentado anteriormente, y la otra condena en base a una efectiva infracción de la lex artis. Sin embargo modula la cuantía indemnizatoria, condenando al abono de 90.000 euros frente a los 180.000 euros solicitados por la parte anteriormente.

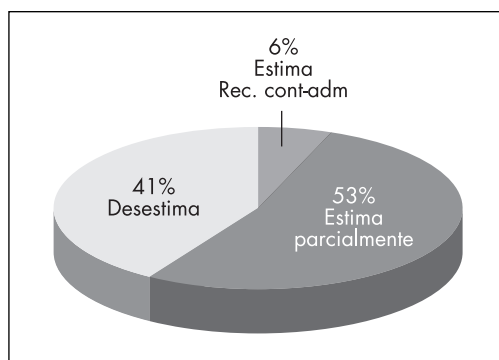
Otras dos de las reclamaciones sometidas a estudio, fundamentan su pretensión en el contagio de hepatitis tras intervención quirúrgica (legrado y cesárea). Son resoluciones contradictorias a primera vista, puesto que una estima mientras que por otro lado la otra desestima. Sin embargo tras su estudio, puede comprobarse la coherencia de ambas, que se explica a continuación: En primer lugar, la Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2009, n.º 1508/2009, desestima las pretensiones de la parte reclamante, puesto que invoca una infección, como consecuencia de la práctica de la cesárea, cuando después de la instrucción del expediente patrimonial, se comprueba que la infección se diagnosticó durante el embarazo, por lo que no existe en modo alguno nexo de causalidad entre la actuación médica y las lesiones que invoca. En segundo lugar, la Sentencia de 2 de febrero de 2009, n.º 108/2009, estima las pretensiones de la parte reclamante. Y ello porque el TSJ valenciano estima, que se debe invertir la carga de la prueba. Es decir, no puede corresponder a la parte probar que de haber actuado el personal médico conforme a la lex artis no se hubiese infectado, sino que tal carga corresponde a los facultativos. El Tribunal condena al Servicio Valenciano de Salud a la cantidad de 96.161,94 euros.

Por último, en lo que a esta Comunidad Autónoma se refiere, se hará alusión a la Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2009, n.º 1253/2009. Esta sentencia es de gran valor para este trabajo, puesto que se refiere al denominado «daño moral autónomo». Este concepto está siendo invocado en numerosas

alegaciones de distintos servicios de salud en todo el país y ello por lo que se explica a continuación:

En la sentencia a la que se hace referencia, la parte reclamante fundamenta sus pretensiones en dos motivos. Por un lado, alega unas lesiones derivadas del parto a causa de una mala práctica médica. Por otro lado, alega una falta de información. Examinando detalladamente la resolución, puede desprenderse de la misma dado que cita numerosos informes de intervinientes, que la práctica médica se ajustó durante todo el proceso asistencial a los parámetros marcados por la lex artis. El parto se desarrolló correctamente, las lesiones fueron consecuencia de prácticas indicadas y se siguieron escrupulosamente los protocolos establecidos al efecto. Sin embargo y a pesar de que el Tribunal valenciano deja patente lo antedicho, deja en evidencia una flagrante falta de información. Manifiesta por ello, que si bien no ha podido acreditarse una mala praxis, la falta de información supone un quebranto efectivo de la lex artis, que si bien no afectó a la integridad de la paciente, afectó su esfera de autonomía. Lo relevante de esto, es que menciona que tal daño debe evaluarse por separado, es decir, autónomamente. Debe atenderse así, a que frente a los 212.707,29 euros que solicitaba la parte reclamante, finalmente se le indemniza en la cantidad de 60.000 euros. Es decir, se está indemnizando la falta de información, admitiendo un quebranto de la lex artis, pero sosteniendo que en ningún caso las lesiones de la paciente deriva de esta falta de información, por lo que no procede estimar su reclamación al completo.

GRÁFICO 4.

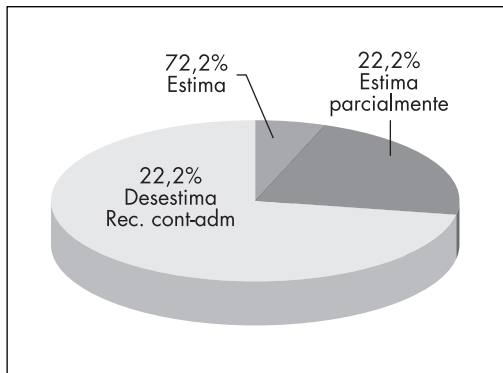


3. Comunidad de Madrid

A continuación se procederá al análisis de las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad de Madrid, durante los años 2008 y 2009.

GRÁFICO 5.



A juzgar por la gráfica reseñada, vemos que al igual que en las anteriores comunidades, el porcentaje más alto corresponde a las resoluciones desestimatorias, más de un 70 por ciento. De todas ellas, casi un 80 por ciento están relacionadas con el campo de la obstetricia. Tres de ellas versan sobre el diagnóstico prenatal erróneo.

Es interesante citar la Sentencia de 15 de julio de 2008 ST. 1072/2008, en la que el Tribunal Superior de Justicia Madrileño, niega la indemnización a la parte recurrente en base a la inexistencia de un daño antijurídico. Es decir: se trata de un caso en que el bebé nace afecto de Síndrome de Down así como de una cardiopatía severa. Alega la parte actora que se le ha privado de la oportunidad de haber interrumpido el embarazo en el plazo legalmente establecido. Pues bien, el Tribunal estima, que en base a todo a la práctica de la prueba, se ha constatado que se agotó la batería de pruebas diagnósticas, por lo que la actuación médica fue la correcta. Siendo así no se puede calificar la lesión de antijurídica, por lo que no procede proclamar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

Las demás resoluciones relacionadas con la obstetricia, se refieren al momento concreto del parto, y a lesiones derivadas del mismo. De ellas dos aluden a que las complicaciones presentadas durante el parto fueron imprevisibles e inevitables, por lo que no cabe imputar el resultado lesivo al personal médico. En este caso se solicitaban desde 180.000 euros hasta 500.000 euros.

Encontramos dos resoluciones relativas a un retraso en el diagnóstico de cáncer, y en una de ellas, el Tribunal Superior de Justicia Madrileño desestima las pretensiones de la parte actora, alegando que

la sintomatología de la misma no permitió diagnosticar su cáncer de ovarios a tiempo. En este caso la parte solicitaba 120.000 euros.

En cuanto a la falta de sintomatología, es conocida la línea jurisprudencial que manifiesta que dicha falta rompe la relación causal entre la actuación médica y las lesiones que pueda presentar el paciente. Dicha relación de causalidad es requisito exigido necesariamente para que pueda surgir la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, como se ha venido mencionando a lo largo del presente trabajo.

En torno al 20% de las resoluciones analizadas, son resoluciones en las que se estiman parcialmente las pretensiones de la paciente. De ellas, tan sólo una se refiere al campo de la obstetricia, y versa sobre el fallecimiento del feto durante el parto. En dicha sentencia se puede constatar, como a pesar de contar con una batería suficiente de pruebas diagnósticas que ya indicaban sufrimiento fetal, nada se hizo al respecto por lo facultativos implicados. El Tribunal acepta este término, pero modula la cuantía solicitada inicialmente por la paciente, que interesaba la indemnización por una cuantía de 160.000 euros, mientras que finalmente se condena al Servicio Madrileño de Salud a tan sólo 35.000 euros.

Del resto de resoluciones parcialmente estimatorias, una versa sobre la falta de información. Se constata a través de la resolución que la actuación médica fue conforme a la *lex artis*, sin embargo se evidencia una falta de información proporcionada a la paciente, por lo que el Tribunal indemniza en base al ya mencionado concepto de «daño moral autónomo».

De dicha sentencia cabe citar textualmente lo siguiente (St. 1462/2009, de 20 de octubre de 2009):

«En el expediente administrativo obra un documento relativo al consentimiento informado de la paciente, el cual consiste en un impreso rellenado únicamente con la firma de la interesada y la fecha. En el documento se elude toda referencia al tipo de intervención y a los denominados riesgos personalizados. Bajo el apartadode riesgos generales se dice: pueden incluir: infección, hemorragia, lesión nerviosa, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonía. Y luego: Si durante este proceso surgiera la necesidad de tener que utilizar alguna otra técnica o procedimiento, así como administrar una transfusión sanguínea, autorizo a estos equipo médico.

Ninguna alusión se hace a la posible episiotomía, ni pos supuesto, a los eventuales riesgos que conlleva. Esta

omisión responde, en virtud de lo afirmado por ambos peritos (aclaración tercera) a los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que sólo a partir de 2008 y por la tendencia a favorecer los partos naturales empezó a recomendar que se entregue a las parturientas una hoja de parto donde se expliquen las posibles incidencias quirúrgicas entre las que se encuentra la realización de la episiotomía.

(...) A fin de cuantificar el alcance de la responsabilidad dimanante de esta falta, debe partirse de que la capacidad de autodeterminación de la paciente sobre la práctica de la episiotomía no resultó limitada por la omisión de la comunicación del riesgo, en cuanto, de acuerdo con los informes médicos de que dispone la Sala, el acto quirúrgico resultaba necesario para prevenir riesgos mucho más graves. por este motivo el daño moral ocasionado se restringe al desconocimiento de la posibilidad de que se produjera una secuela tan grave y tan limitante como la que tuvo lugar.»

En este caso, la paciente solicitaba una indemnización de 104.500 euros, y finalmente la Administración fue condenada a tan sólo 6.000 euros. Y ello, como hemos explicado, en base a que la actuación médica fue correcta, la práctica de la episiotomía era necesaria y presentó una complicación. Pero aún así, el no conocimiento de las consecuencias que podrían derivar de dicha práctica, no influyó en el resultado, de haber conocido estos riesgos se hubiera procedido de igual forma, por lo que no cabe indemnizar como si se tratase de una mala práctica médica, sino solamente en cuanto se refiere a la esfera personal y de autonomía de la paciente.

En la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2008 ST 213/2008, se habla igualmente de daño moral autónomo, refiriéndonos como en el caso anterior a la existencia de un consentimiento informado genérico. A este respecto, cabe citar «**Información y Documentación Clínica, Volumen II, editado por el Consejo General del Poder Judicial junto con el Ministerio de Sanidad y Consumo (6)**»:

«Como es sabido, la Ley General de Sanidad en su art. 10.5 exige una información «completa y continuada».

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, no es fácil dilucidar los estándares de información que ésta requiere. Con frecuencia, los tribunales se enzarzan en una discusión acerca de porcentajes de riesgo que es confusa y estéril. No obstante pueden resumirse en los siguientes:

a) Hay que informar de las consecuencias seguras de los procedimientos.

b) Hay que informar de los riesgos inherentes, previsibles e inevitables de los procedimientos, pero no de los mínimos o accesorios.

c) Hay que personalizar en caso la información, especialmente sobre los riesgos, y adaptarla tanto en sus contenidos como en la manera de exponerla a las peculiaridades de cada caso y de cada paciente. En cualquier caso la información debe ser suministrada de forma comprensible.

d) En las situaciones de urgencia o peligrosidad, la obligación de información es menor, aunque sólo con un carácter diferido; una vez pasado el peligro la obligación de información adquiere su dimensión habitual.

De nuevo nos topamos con el problema de que no está claro si estos estándares deben utilizarse tanto en la información escrita como en la verbal.

Por su parte, el Convenio de Oviedo en su artículo 5 exige una información adecuada:

En vista de todo ello, y a manera de propuesta de síntesis entendemos que los estándares de información sobre riesgos de los formularios escritos de consentimiento informados deben ser los siguientes:

a) Consecuencias seguras de la intervención.

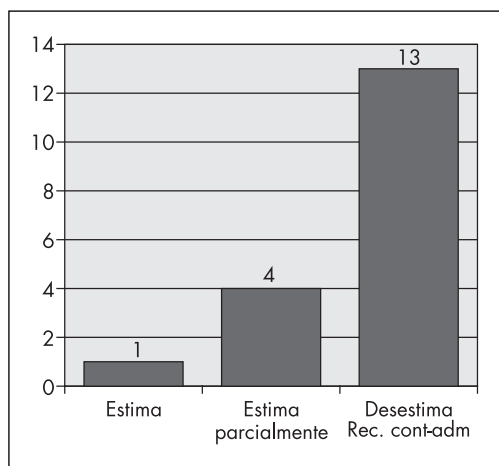
b) Riesgos típicos de la intervención: aquéllos cuya producción seba normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia.

c) Riesgos personalizados: aquéllos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto.

d) Contraindicaciones

e) Explícita disponibilidad a ampliar toda la información si el sujeto lo desea.»

GRÁFICO 6.



Respecto a las resoluciones estimatorias, ha de señalarse que las mismas no llegan ni a un 6 por ciento de la toma escogida.

Una de estas resoluciones, versa sobre el retraso en el diagnóstico de cáncer de mama. Finalmente este acaba haciendo metástasis, debido a la falta de pruebas diagnósticas que hubieran permitido diagnosticarlo a tiempo. La reclamante solicita en su reclamación la cantidad de 162.454 euros y finalmente se condena al Servicio Madrileño de Salud a la cantidad de 100.000 euros. Y ello como hemos dicho, en base a una efectiva falta de asistencia de la paciente. Queda probado a lo largo del procedimiento que no se valoraron correctamente las pruebas diagnósticas, por lo que no se puso en marcha ningún protocolo encaminado a detener la enfermedad:

«El médico de cabecera no supo interpretar infravalorando un signo que puede indicar malignidad en la mamografía como son las microcalcificaciones. Se consideró por parte del médico de cabecera que no existía patología alguna, y se lleva a control como una patología benigna a un año. Dejando evolucionar libremente la patología neoplásica sin diagnóstico ni tratamiento alguno.»

(...) Pudo hacerse un diagnóstico más precoz y se podían haber aplicado otros medios diagnósticos para conseguirlo. El doctor (...) disponía de medios diagnósticos a su alcance para intentar conseguir un diagnóstico correcto. Entendemos que si él asumió la responsabilidad del caso tenía que haber prescrito a la paciente una ecografía y el correspondiente estudio citológico (PAAF).»

Los 164.454 euros que reclama la parte actora pueden desglosarse en dos conceptos: En primer lugar, se reclama en base a la defectuosa asistencia médica, que de facto, queda probada. En segundo lugar se reclama por un reintegro de gastos, y ello por que la paciente acudió a un centro privado para ser tratada.

El Tribunal Superior de Justicia madrileño expone respecto a este aspecto, que no procede realizar tal reintegro de gastos, ya que las circunstancias del caso no cumplen los requisitos exigidos al efecto.

El reintegro de gastos puede darse únicamente en caso de que la Administración Pública Sanitaria deniegue injustificadamente la prestación de asistencia y en caso de que se trate de una urgencia vital. Fuera de estos dos casos (a grandes rasgos) no cabe reclamar el importe de lo abonado en el sistema privado, cuando se haya acudido al mismo por iniciativa propia.

¿Qué requisitos existen para que concurra la denegación de asistencia? Para ello conviene citar **Las**

reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios, de José Guerrero Zaplana (7):

«Que haya sido pedida formalmente la asistencia; es un requisito fundamental y ello, pues sirve para dar ocasión a la Entidad Gestora para facilitar la asistencia que se le está reclamando. Se exige esta petición aunque se sepa que en otros casos semejantes ha denegado la asistencia o que se carecen de los medios técnicos para prestar la misma. No es relevante, ni da lugar al reintegro, el hecho de que hayan sido los mismos médicos que atienden al beneficiario los que hayan indicado el tratamiento de la medicina privada.»

(...) Que ésta sea denegada bien de modo positivo o por denegación tácita inequívoca.

Que en el plazo de quince días se notifique que se ha acudido a servicios médicos ajenos, si bien este último requisito de la notificación ha sido interpretado de modo muy flexible en algunas sentencias.

(...) De estos requisitos, el que ha dado más problemas en la jurisprudencia es el que hace referencia a la denegación de asistencia; a este requisito la jurisprudencia siempre ha equiparado el error en el diagnóstico; no se olvide que se incluían tanto supuestos en los que por deficiencias estructurales o de organización se producía demora excesiva en facilitar la asistencia, o supuestos de graves errores de diagnóstico.»

En estos supuestos, cabe realizar las siguientes conclusiones: En primer lugar en los casos de error en el diagnóstico, no es exigible al paciente que permanezca bajo las dependencias del sistema público de salud, permitiéndosele acudir a la medicina privada. En segundo lugar, en casos de urgencia vital, es posible el reintegro de gastos sin cumplir la formalidad de dirigir la pertinente comunicación a la entidad gestora.

5. Conclusiones

Una vez analizadas las resoluciones pertenecientes a los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Valencia y Madrid, se aprecian las siguientes diferencias y similitudes:

Mientras que en Madrid y Andalucía el bloque más grande de resoluciones son las desestimatorias, en Valencia las más numerosas son las estimatorias parciales. Los porcentajes en las primeras comunidades se mueven en torno al 69 y 72%, mientras que en Valencia las desestimatorias corresponden tan sólo al 41%.

En la Comunidad Valenciana, el porcentaje más alto como hemos dicho son las estimaciones parciales, que ocupan el casi el 60%.

Respecto de las resoluciones estimatorias, en Andalucía corresponden casi al 8 %, mientras que en Valencia se mantienen en el 6% al igual que en la Comunidad de Madrid. Vemos por lo tanto que no existen grandes variaciones en este aspecto.

Haciendo distinción ahora entre las lesiones, se puede observar como las lesiones producidas bien durante el parto, bien durante el embarazo, son el bloque más numeroso, si bien no quiere decir esto que sea el más condenado.

El retraso en el diagnóstico es otro gran caballo de batalla en los Tribunales y ha de señalarse que salvo en unos pocos casos, y obviamente atendiendo a las circunstancias de cada uno, las reclamaciones han terminado en una efectiva condena al Servicio de Salud correspondiente.

El diagnóstico prenatal erróneo también ocupa uno de los primeros puestos, y la enfermedad más recurrente es el Síndrome de Down. Como ya hemos visto los progenitores alegan un doble motivo: Por un lado, su propio daño moral, y por otro, la violación de su autonomía en cuanto que al no conocer dicha enfermedad, no pudieron ejercer su derecho a una interrupción voluntaria del embarazo.

En cuanto a los motivos de desestimación por parte de los diferentes tribunales, los dos fundamentales son la antijuricidad del daño y la falta de acreditación por los reclamantes bien de una practica incorrecta, bien del nexo causal entre la actuación médica y las lesiones producidas.

De las resoluciones estimatorias, vemos que tanto en Madrid como en Andalucía se refieren en su mayor parte a temas relacionados con la obstetricia. En Valencia sin embargo corresponde a un error en el diagnóstico prenatal, de Síndrome de Down.

Como conclusión final del presente trabajo, ha de señalarse que si bien el campo de la ginecología y la obstetricia es uno de los más fiscalizados dentro de la medicina, es igualmente cierto que el volumen de condenas no es tan alto como cabe imaginarse. Lo cierto es que abundan las resoluciones denegatorias de indemnización, pero las condenatorias comportan cuantías bastante importantes, superando los cientos de miles de euros.

Según el estudio realizado, la Comunidad en la que más se estiman íntegramente las pretensiones de las partes es Andalucía, mientras que Valencia y la Comunidad de Madrid, siguen una línea jurisprudencial un poco mas laxa en ese aspecto.

6. Bibliografía

- (1) Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa
- (2) *Aspectos Jurídicos en Ginecología y Obstetricia» editado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, publicado en 2008. (ISBN 978-846127672-1).
- (3) *Aspectos Jurídicos en Ginecología y Obstetricia*, editado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, publicado en 2008. (ISBN 978-846127672-1).
- (4) *Sistema de Responsabilidad Médica*, de José Manuel Fernández Hierro. (ISBN 978-84-9836-301-2).
- (5) Intervención del Dr. Pablo Simón Lorda, Doctor en Medicina, Magister en Bioética, en el Seminario Conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en Madrid, los días 22 y 23 de septiembre de 1997. (ISSN 1137-3520)
- (6) *Información y Documentación Clínica*, Volumen II, editado por el Consejo General del Poder Judicial junto con el Ministerio de Sanidad y Consumo. (ISSN 1137-3520).
- (7) *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, de José Guerrero Zaplana. (I.S.B.N 84-8406-943-5).

El movimiento de datos de salud en el ámbito sanitario

Raquel Tejero Jaro

1. Introducción
2. Régimen aplicable a la protección de los datos de salud
 - 2.1. El concepto de datos de salud. Datos especialmente protegidos
 - 2.2. El principio consentimiento del afectado
 - 2.3. El derecho de información en la recogida de datos
 - 2.4. El principio de seguridad de los datos
 - 2.5. El deber de secreto
3. El concepto de cesión o comunicación y de acceso de datos por terceros
 - 3.1. La cesión o comunicación de datos personales
 - 3.2. El acceso a datos por parte de terceros
4. Flujos de información desde la perspectiva de la industria
 - 4.1. Flujo de datos entre el centro asistencial (público o privado) y la industria
 - 4.1.1. Flujos de datos en la relación comercial
 - 4.1.2. Flujos de datos en Telemedicina
 - 4.1.3. Flujos de datos en la actividad investigadora
 - 4.1.4. Flujos de datos en el Sistema de Vigilancia
 - 4.2. Flujo de datos entre el centro asistencial privado, la industria y la aseguradora
 - 4.3. Flujo de datos entre el paciente y la industria
 - 4.4. Flujo de datos entre empresas del grupo o con terceras empresas
 - 4.4.1. Flujos de datos con origen en el responsable del fichero o del tratamiento
 - 4.4.2. Flujos de datos con origen en el encargado del tratamiento
 - 4.5. Las transferencias internacionales
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

Los datos salud son objeto de una especial atención por parte de la Agencia Española de Protección de Datos, en particular, y de la sociedad en general, debido a la importancia que tiene un uso adecuado de dichos datos para garantizar la asistencia sanitaria.

Las nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria, en los que las tecnologías de la información juegan un papel muy importante mejorando la calidad y eficacia de la asistencia y facilitando enormemente el tratamiento e intercambio de datos, abren las puertas a nuevos peligros y retos en materia de protección de los datos.

Esto unido a una mayor concienciación por parte de los titulares de los datos, respecto de sus derechos en materia de protección de sus datos y de los riesgos a los que se exponen por un uso inadecuado de los mismos, hace que el sector sanitario sea especialmente sensible en lo que al tratamiento de datos se refiere.

Sin embargo, no existe un desarrollo específico que permita adecuar la normativa de protección de datos a las características del sector sanitario. Lo que ocasiona una gran disparidad en las medidas y criterios a la hora de implantar en el sector las obligaciones recogidas en la normativa de protección de datos para el tratamiento de datos de salud.

Desde la perspectiva de la industria de tecnología sanitaria que tiene que amoldarse a los diferentes modelos de adecuación a la normativa implantados por los centros sanitarios y por otras organizaciones con las que interactúa, esta situación genera una inseguridad jurídica que dificulta al desarrollo normal de su actividad.

En este sentido, el presente trabajo pretende reflexionar sobre los retos y dificultades a los que se enfrentan las empresas del sector, en lo que al tratamiento de datos de salud se refiere, y en concreto a la problemática de los flujos de información. Por ello, en primer lugar se hará un análisis del régimen jurídico aplicable a los datos de salud, así como del régimen general que regula en movimiento de datos. Y en segundo lugar, se analizarán las transmisiones de datos de salud más habituales entre las empresas del sector y el resto de los agentes intervinientes, para identificar riesgos y proponer soluciones acordes a la normativa en protección de datos.

2. Régimen aplicable a la protección de los datos de salud

2.1. El concepto de datos de salud. Datos especialmente protegidos

La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) define el concepto de dato de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» —art 3.a de la LOPD—. Dado el carácter amplio de la definición, en ésta se incluye todo tipo de «información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o cualquier otro tipo» —art. 5.1, g) del Reglamento de la LOPD— susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión, cuya característica fundamental, para que sea considerada protegida por la LOPD, es que dicha información permita conocer datos de una persona concreta, es decir, que debe referirse siempre a una persona física identificada o identificable.

Asimismo, la normativa española define como «persona identificable» a toda aquella cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Puede darse el caso de que una persona física no se considere identificable, cuando dicha identificación requiera plazos a actividades desproporcionados —art. 5.1, o) del Reglamento de la LOPD¹—. En este sentido, el considerando 26 de la directiva establece que «[...] para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona; y que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado».

El artículo 7.2 de la LOPD considera datos especialmente protegidos los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias de las personas. Estos datos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, y en todo

¹ El artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46/CE define los datos personales del siguiente modo: «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

caso deberá informarse al interesado acerca de su derecho a no prestarlo —art. 7.1 LOPD—, en consonancia con el mandato Constitucional del art. 16.2, que se recoge en dicho apartado y que establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Igualmente, reciben una consideración especial en la LOPD los datos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual —art. 7.3 LOPD²—. En este mismo sentido las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo también deben considerarse datos de salud especialmente protegidos. En particular, se consideran datos relacionados con la salud e las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética —art. 5.1, g) Reglamento LOPD—.

Es evidente que esta definición se aplica a los datos personales que guardan relación, más o menos directa, con la descripción del estado de salud de una persona, como por ejemplo datos sobre el consumo de medicamentos, alcohol o drogas, datos genéticos, datos sobre las bajas laborales y causas de las mismas, etc, de acuerdo con la definición dada por las instituciones comunitarias³. Pero también se encuentran incluidos en dicho precepto, aquellos datos personales no directamente vinculados con el estado de salud de una persona, tal y como se indica en el Documento de trabajo WP 131 del Grupo de Trabajo del artículo 29, según el cual «también ha-

brá que considerar sensibles otros datos —por ejemplo, los datos administrativos (número de seguridad social, fecha de ingreso en un hospital, etc.)— contenidos en la documentación médica relativa al tratamiento de un paciente: si no fueran pertinentes en el contexto del tratamiento del paciente, no se habrían incluido, ni deberían haberse incluido, en un expediente médico. Por consiguiente, los miembros del Grupo de Trabajo opinan que todos los datos contenidos en documentos médicos, en historiales médicos electrónicos y en sistemas de HME son «datos personales sensibles».

La justificación de esa especial protección, no sólo se basa en que el derecho a la protección de datos haya sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental diferenciado del derecho a la intimidad⁴, sino que encuentra su motivación más profunda, en los artículos 10 y 16.2 de la Constitución Española y en el hecho de que el acceso indebido a los datos de salud, origen racial y a la vida sexual puede perjudicar a la persona en el ejercicio de otros derechos fundamentales o que, incluso, pueda ser objeto de una fuerte discriminación que afecte a su intimidad personal y familiar, a la dignidad de la persona, a los derechos que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad⁵.

Por todo ello, tanto la normativa española, como la normativa internacional y comunitaria someten estos datos, no sólo a las normas generales sobre

² El artículo 8, apartado 1, de la Directiva define las categorías especiales de datos del siguiente modo: «Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.»

³ Este concepto amplio de salud se ha perfilado en la normativa del Consejo de Europa y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver convenio 108 del Consejo de Europa, y en concreto la memoria explicativa del Convenio 108, apdo 45, la Recomendación N° R. (97) 5, del Consejo de Europa, en concreto su apartado 38 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de noviembre de 2003, asunto C- 101/01 - Bodil Lindqvist. La legislación española y la Agencia Española de protección de datos a través de sus informes han matizado este concepto amplio de salud, entendiendo que los datos de fumador o no fumador o el consumo de alcohol no son datos de salud en sí mismo si no vienen unidos a otros datos que indiquen un hábito o una situación de abuso —Informe de la AEPD 0129/2005—, tampoco tendrían consideración de datos de salud el apto o no apto de un reconocimiento médico en el ámbito laboral, y en cambio sí se consideran dato de salud, en todo caso, el consumo de drogas, el número de días de baja en un puesto, la declaración de una minusvalía y el grado de discapacidad.

⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamentos jurídicos 6 y 7. El Tribunal Constitucional establece que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso». Y que se diferencia del derecho a la intimidad, en primer lugar, porque su objeto es más amplio, ya que se extiende «no sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato de tipo personal, sea o no íntimos, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean fundamentales o no», alcanzando también a «aquellos datos personales públicos». Y en segundo lugar, por su contenido que «atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven (...) garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales». A juicio de algunos autores, el derecho fundamental a la protección de datos personales no debe ser visto como un derecho absolutamente independiente sino vinculado con el derecho a la intimidad, aunque tutele otros derechos fundamentales como también hace el derecho a la intimidad. A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), p. 17.

⁵ En este sentido A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), p. 14 y p. 541.

protección de datos personales⁶, sino también a las normas sobre protección de datos especiales que formación sensible⁷. Es decir, no sólo se aplican los principios generales en materia de protección de datos recogidos en el Título II de la LOPD: como el principio de calidad de los datos, el principio de información en la recogida de los datos, principio de consentimiento, principio de seguridad de los datos, deber de secreto, principio de comunicación de datos y acceso de datos por cuenta de terceros⁸, sino que alguno de ellos se ven reforzados a tenor de lo dispuesto en el normativa española sobre protección de datos, y en particular en el artículo 7 de la LOPD. Entre ellos merecen especial atención: el consentimiento, el deber de información y el principio de seguridad.

2.2. El principio consentimiento del afectado

En cuanto al consentimiento, la LOPD en su artículo 6.1 establece, como principio general para el tratamiento⁹ de datos personales, la necesidad de obtener el consentimiento¹⁰ del interesado, salvo en los casos expresamente previstos por ley en los que no sea necesario. Entendiendo por consentimiento «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca,

específica e informada» del interesado que legitima al posterior tratamiento de los datos —art. 3 h) de la LOPD—, siendo necesaria la concurrencia de estos cuatro elementos para que el consentimiento pueda ser considerado lícito y, por tanto adecuado a derecho, tal y como ha expuesto la Agencia de Protección de Datos en su informe 325/200411.

Sin embargo, para los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, la LOPD establece más cautelas y específica que sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o cuando el afectado lo consienta, no sólo en los términos establecidos en el párrafo anterior, sino que además lo haga expresamente —art. 7.3 LOPD—. No se exige en este caso que el consentimiento se preste por escrito, como se requiere en el caso de los datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias¹², pero se recomienda que se elija la forma escrita o cualquier otra que deje constancia y prueba de que el consentimiento efectivamente se ha producido¹³.

Por tanto, se necesita un consentimiento expreso del afectado o la existencia de una norma con rango de ley que permita el tratamiento de estos datos.

Este consentimiento expreso al tratamiento de los datos de salud es diferente del consentimiento informado al tratamiento médico o «asistencial», re-

⁶ Principio de limitación de uso (principio de propósito) —artículo 6, apartado 1, letra b), de la Directiva 95/46/CE—, Principio de calidad de los datos —artículo 6(1) (c)—, Principio de retención, Requisitos en materia de información —artículo 10 de la Directiva—, Derecho de acceso del interesado —el artículo 12 de la Directiva—, Obligaciones relacionadas con la seguridad —el artículo 17 de la Directiva. La interpretación de estos principios está recogida en los documentos de trabajo WP 114, WP 12 y WP 131 del Grupo de Trabajo del artículo 29.

⁷ Dicho régimen especial se recoge en la normativa nacional en el art 7 de la LOPD y en la normativa comunitaria en el art 6 del Convenio 108 del Consejo de Europa que señala «los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o la vida sexual, no podrán tratarse a menos que el Derecho interno prevea garantías suficientes» y en el art 8 de la Directiva 95/46/CE se establece la prohibición general de tratar datos de salud, salvo las excepciones que se recogen en los apartados 2, 3 y 4, entre las que se encuentran el consentimiento explícito del interesado [art. 8.2, a)] el interés vital del sujeto [art 8.2, c)], el tratamiento de datos realizado por un profesional de la salud (art. 8.3) y las excepciones por motivos de interés público importantes (art 8.4), cuya interpretación se encuentra desarrollada en el Documento de trabajo WP 131 del Grupo del Artículo 29.

⁸ Arts. 4, 5, 6, 9, 11 y 12 de la LOPD.

⁹ El artículo 3.c de la LOPD define el tratamiento de datos como «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias», que se completa con la definición recogida en el art. 5.1,t) del Reglamento.

¹⁰ El consentimiento del afectado se encuentra regulado en los arts 6 de la LOPD y arts 12 a 17 del Reglamento de la LOPD.

¹¹ El informe de la AEPD 325/2004 también analiza el alcance de estas cuatro características del consentimiento. De esta materia también se ha ocupado el Grupo de Trabajo del art. 29 en sus documentos WP 12, WP 114 y WP 131.

¹² Autores como Freixas se han opuesto a la distinción, en cuanto el consentimiento, entre los datos relativos a la libertad ideológica, religiosa y de culto y para los datos de origen racial, salud y vida sexual, y que en éste último caso el consentimiento sólo sea expreso, sin establecer una forma concreta para otorgarlo. Para este autor, ambas categorías de datos se enfrentan a los mismos peligros respecto a la intromisión en el honor y la intimidad de las personas. Cfr. G. FREIXAS GUTIÉRREZ, *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 130-131.

¹³ Cfr. J. RUBÍ, «La confidencialidad de la información sanitaria, instrumentos de protección y garantía», aconseja que el consentimiento sea escrito como prueba de su existencia.

gulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículos 8 y 9¹⁴, aunque en la práctica sea muy posible que ambos se pidan conjuntamente. Por tanto la aceptación de someterse a un tratamiento médico no supone automáticamente en todos los casos el consentimiento al tratamiento de los datos personales recogidos urante dicho tratamiento médico, y en especial si éstos van a ser objeto de una posterior comunicación o transferencia¹⁵.

No obstante, la LOPD establece en su artículo 6.2¹⁶ un serie de excepciones al régimen general en las que no será necesario el consentimiento, y más concretamente en relación con el ámbito de sanitario, menciona que no será preciso el consentimiento cuando el tratamiento de los datos de carácter personal tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7.6 de la LOPD, y siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del mismo. Por su parte el artículo 7.6 de la LOPD señala que no es necesario, para el tratamiento de los datos de ideología, religión o creencias, origen racial, salud o vida sexual, el consentimiento expreso y escrito o sólo expreso del afectado, cuando el tratamiento de estos datos sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado sea física o jurídicamente incapaz de dar

su consentimiento. Además recoge otro supuesto en el que aplicaría esta excepción al consentimiento, que tendría lugar cuando el tratamiento de dichos datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

Por tanto, para que sea de aplicación la excepción al principio del consentimiento ante una situación de interés vital del interesado o de otra persona se requiere que el tratamiento se refiera a intereses individuales esenciales del interesado o de otra persona, y debe ser necesario para salvar la vida de éste cuando el sujeto no esté en condiciones de prestarlo¹⁷. Y en el caso de que el tratamiento se realice por un profesional sanitario sin consentimiento expreso del interesado, se deben cumplir tres condiciones acumulativas: la primera, que se realice para la prevención, diagnóstico médico, para la prestación de asistencia sanitaria o de tratamientos médicos o para la gestión de servicios sanitarios; la segunda es que sea necesario y justificado para dichos fines; y la tercera, que el tratamiento sea realizado por un profesional sanitario o por otra persona sujeta al secreto médico profesional o a una obligación equivalente de secreto.

Tanto la Agencia Española de Protección de Datos como el Grupo de Trabajo del Artículo 29,

¹⁴ Estos artículos establecen, como norma general, que el consentimiento informado sobre cualquier actuación en el ámbito de la salud de un paciente podrá ser prestado de forma verbal, pero deberá ser por escrito en los siguientes supuesto: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, para la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Asimismo, se reconoce el derecho de todo paciente o usuario a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud. Y se señala el carácter revocable del consentimiento. Cabe remarcar que el paciente puede renunciar a ser informado, pero dicha renuncia está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención. Por último, destacar que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley o cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

¹⁵ Nota al pie de página número 10 del WP 131 del Grupo de Trabajo del art. 29 y J. A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (Civitas, 2003), p. 160.

¹⁶ Art. 6.2 LOPD: «No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.»

¹⁷ Documento WP 131 del Grupo de Trabajo del artículo 29, y el WP 114 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, para una interpretación similar del artículo 26.1, e) de la Directiva 95/46/CE.

en diferentes informes y documentos de trabajo¹⁸ han mantenido una postura estricta respecto de dichas excepciones, entendiendo que son limitadas, exhaustivas y que deben interpretarse de manera restrictiva. Así, para la Agencia el artículo 7.6 no puede interpretarse de forma genérica o extensiva (por ejemplo, en el sentido de que baste, para el tratamiento de los datos, la simple expresión de la opinión de un facultativo en tal sentido), sino que debe restringirse a los dos supuestos en que únicamente será de aplicación, esto es: que una disposición normativa establezca y disponga con carácter específico el tratamiento de tales datos, o bien que el mismo resulte efectivamente necesario e imprescindible, y ello se justifique debidamente en cada caso concreto. Fuera de estos dos supuestos excepcionales, el régimen aplicable con carácter general es el del artículo 7.3 de la LOPD que exige consentimiento expreso o habilitación legal. En este sentido, la Agencia señala, en línea con el documento WP 131 del Grupo de Trabajo del artículo 29, que la excepción prevista en el artículo 7.6 debe interpretarse de forma restrictiva, y que por tanto, solamente cubre el tratamiento, no la cesión, de datos personales para el propósito específico de proporcionar servicios relativos a la salud de carácter preventivo, diagnóstico, terapéutico o de convalencia, y a efectos de la gestión de los mismos, como, por ejemplo, facturación, contabilidad o estadística. De modo que queda fuera de su ámbito cualquier tratamiento posterior que no sea necesario para la prestación directa de tales servicios, como la investigación médica, el reembolso de gastos por un seguro, la interposición de demandas, y otros tratamientos en áreas como la salud pública y la protección social.

Además de estas excepciones, y dentro del marco de la asistencia sanitaria, el artículo 8 de la LOPD establece que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento, no a la cesión¹⁹, 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. Según este precepto, el tratamiento de los datos en el ámbito de la sanidad privada se restringe a los pacientes que acudan a ser tratados en el mismo, siendo necesario el consentimiento expreso del interesado para la cesión de los datos entre centros sanitarios privados. En tanto que en la sanidad pública no será necesario el consentimiento para la comunicación de datos de salud tal y como establece el artículo 10.5 del Reglamento de la LOPD²⁰.

2.3. El derecho de información en la recogida de datos

El segundo de los principios que tiene especial importancia en el régimen de los datos personales especialmente protegidos, es el deber de información²¹, en tanto que el cumplimiento de los requisitos del consentimiento mencionados anteriormente está estrechamente ligado al cumplimiento del deber de información impuesto al responsable del fichero o del tratamiento²². El art 5.1 de la LOPD dispone que «Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) de la existencia de

¹⁸ Informe de la AEPD «Tratamiento de datos de salud. Año 2001», informe 471/2008 «Consentimiento en la recogida de datos de salud» e informe 600/2009 «Incorporación de datos de asistencia médica prestada a la Historia Clínica Electrónica» y documentos del Grupo de Trabajo del Art. 29: WP 131 sobre la Historia Clínica Electrónica; WP 12 sobre transferencias de datos a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE y WP 114 sobre una interpretación común del artículo 26 (1) de la Directiva 95/46/CE. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia del 31-05-2002.

¹⁹ Informe 471/2008 sobre el Consentimiento en la recogida de datos de salud.

²⁰ Infra. Apdo 3.1. Último párrafo.

²¹ El deber de información viene regulado en los siguientes artículos: art. 5 de la LOPD y arts. 13.3, 18 y 19 del Reglamento de la LOPD.

²² La LOPD define la figura del Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento —arte 3.d)—. Debemos completar esa definición con la establecida en el Reglamento de la LOPD, el cual establece que «en el caso de entes sin personalidad jurídica se considerará responsable del tratamiento a la persona o personas integrantes de los mismo que decida sobre los extremos señalados en el párrafo anterior». Según Tribunal Supremo en su sentencia del 5 de junio de 2004 «es posible diferenciar dos responsables —del fichero o del tratamiento— en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento». Por tanto debemos distinguir entre la entidad que decide la creación, aplicación, finalidad, contenido y uso del fichero (responsable del fichero) y la entidad que determina las concretas actividades de un determinado tratamiento, sobre un uso específico de los datos (responsable del tratamiento). Por último el Reglamento de la LOPD señala que el responsable del fichero o del tratamiento puede actuar sólo o conjuntamente con otros para decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, no siendo preciso realice dicho tratamiento materialmente, pudiendo, por tanto, encomendarlo a terceros.

un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante». Este derecho a la información en la recogida de datos implica informar al interesado de forma previa, expresa e inequívoca de los puntos recogidos en las letras a) a e) del artículo 5.1 de la LOPD, en forma claramente legible evitando referencias genéricas o que no permitan concretar con exactitud cada uno de los extremos previstos en la normativa²³. Adicionalmente, para considerar cumplido el consentimiento informado, será imprescindible que la información facilitada especifique el tratamiento o serie de tratamientos, así como la finalidad o finalidades para las que se recaban los datos y, en caso de que se vayan a realizar cesiones de datos, se deberá informar de manera inequívoca de la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de los cuales se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario²⁴. De acuerdo con el Reglamento, el responsable del fichero o del tratamiento deberá cumplir con este deber de información haciendo uso de cualquier medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mediante persista el tratamiento de los datos, siendo imprescindible para asegurar que el tratamiento de los datos es conforme a derecho²⁵.

Este derecho a la información recogido en el artículo 5 de la LOPD, es distinto del derecho a la información asistencial del artículo 4 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, no sólo por su contenido, sino por su forma. Así, el derecho fundamental a la protección de los datos personales se refiere al derecho a conocer y controlar sus datos personales mientras que el derecho de autonomía del paciente protege el derecho de la persona a conocer toda la información relativa a cualquier actuación en el ámbito de su salud. Y en cuanto a la in-

formación en la recogida de datos personales, ésta se realiza generalmente por escrito, en cambio, la información asistencial se da como norma general verbalmente²⁶.

En el ámbito sanitario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, los interesados de los que se recojan datos de salud han de ser previamente informados de manera expresa, precisa e inequívoca de: la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de tales datos, de los destinatarios de dicha información, de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, y en su caso de su representante. No será preciso cumplir la exigencia de informar a los pacientes sobre el carácter facultativo u obligatorio de sus respuestas ni tampoco de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, en atención a lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LOPD, según el cual no es necesario informar acerca de los puntos anteriores si el contenido de los mismos se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

La Agencia Española de Protección de Datos considera suficientemente cumplido el deber de información mediante la existencia de carteles claramente visibles por parte de los afectados, en este caso, los pacientes titulares de los datos, siempre que estos contengan todos los requisitos de ubicación, contenido y formato que garanticen el perfecto conocimiento de la información exigible por parte de los interesados²⁷. Aunque, tal y como expone la Agencia, se puede optar por otros medios como la inclusión de una cláusula informativa en un impreso siempre que se acredite que el interesado ha sido debidamente informado, por ejemplo, mediante su firma. Este recurso podría utilizarse en los informes de alta, en los documentos de ingreso, en los impresos de solicitud de entrada en el sistema sanitario público o privado, en los volantes de citas, o al consentimiento informado «asistencial» etc...²⁸.

Una excepción al deber de información, especialmente relevante para el tratamiento de los datos de

²³ En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia del 11 de abril de 2005.

²⁴ Art. 11.3 de la LOPD.

²⁵ Cfr. Informe 111/2005 de la AEPD. «Prueba en relación con el cumplimiento del deber de información».

²⁶ Cfr. A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), pp. 47-48.

²⁷ Informe de la AEPD 304/2005 «Análisis de diferentes cuestiones relativas a la historia clínica».

²⁸ A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), página 48.

salud, es la que se recoge en el artículo 5.5 de la LOPD que establece la posibilidad de que no sea necesario cumplir con el deber de información cuando una ley lo prevea expresamente, cuando los datos de carácter personal no hayan sido recogidos del interesado y el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. La aplicación de esta excepción queda sujeta al criterio de la Agencia en atención a la antigüedad de los datos, número de interesados y medidas compensatorias²⁹.

2.4. El principio de seguridad de los datos

Otro de los principios que se ve reforzado en el régimen de especial protección aplicable a los datos de salud es el deber de seguridad de los datos— art. 9 LOPD³⁰—. La observancia de este principio supone que el Responsable del Fichero, y en su caso el Encargado del Tratamiento³¹, deben adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal, y eviten la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y en general, todo tipo de conductas ilícitas respecto de los datos. Estas medidas de seguridad técnicas y organizativas deben implantarse en los ficheros tanto automatizados como no automatizados³², y en todos los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y respecto de las personas que intervengan en el tratamiento de los datos.

Esta garantía de integridad, de disponibilidad y de confidencialidad de la información de salud es

especialmente relevante en el ámbito sanitario, no sólo porque la pérdida, destrucción o el acceso indebido a esos datos con la consecuente ruptura de confidencialidad entorpecería o incluso imposibilitaría la asistencia sanitaria poniendo en peligro la vida de las personas, sino que también la persona se vería seriamente afectada o dañada en su esfera más privada, en su intimidad personal y familiar, e incluso, como hemos apuntado anteriormente, en su dignidad y en el ejercicio de otros derechos fundamentales³³.

Es por ello que, en atención a la especial naturaleza de la información tratada y a una mayor necesidad de garantizar la confidencialidad y la integridad de dicha información, el legislador exija medidas de nivel alto³⁴, además de las de nivel básico y medio, para los ficheros o tratamiento de datos de salud, de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o vida sexual—art. 81.3, a) del Reglamento de la LOPD—. Este régimen contempla una excepción importante recogida en el artículo 81.5 del Reglamento de la LOPD, que indica que bastará la aplicación de medidas de seguridad básico cuando: *a)* los datos se utilicen con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados sean asociados o miembros, o *b)* se trate de ficheros no automatizados en los que de forma incidental o accesorio se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad.

Respecto de los datos de salud, el Reglamento añade otra excepción en su artículo 81.6, en el que establece que también podrán implantarse medidas de seguridad de nivel básico en los ficheros o tratamientos que contengan datos relativos a la salud, referentes exclusivamente al grado de discapacidad

²⁹ El Reglamento de la LOPD establece el procedimiento a seguir para solicitar esta exoneración del deber de información. Esta excepción ha sido estudiada en el Informe de la AEPD del año 2000 «Alcance del concepto del tratamiento de datos históricos con fines científicos o de investigación».

³⁰ Este principio se desarrolla en el Título VII del Reglamento de la LOPD.

³¹ El artículo 3.g) de la LOPD define encargado del tratamiento como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento». Definición que completa el artículo 5.1 i) del Reglamento de la LOPD señalando que es «la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio».

³² El artículo 3.b) define Fichero como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». Este concepto se completa en el artículo 5.1 letras k), l), m) y n) del Reglamento, que define fichero no automatizado como «todo conjunto de datos de carácter personal organizado de forma no automatizada y estructurado conforme a criterios específicos relativos a las personas físicas, que permitan acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales, ya sea aquél centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica».

³³ Supra. Apdo 2.1.

³⁴ Las medidas de seguridad de nivel alto se recogen en los arts 101 a 104 del Reglamento para Ficheros automatizados y en los arts 111 a 114 para los ficheros no automatizados, y entre ellas se encuentran la necesidad de encriptación de los soportes en que se almacenen y de las comunicaciones, y el establecimiento de controles rigurosos de acceso a la información.

o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado con el cumplimiento de deberes públicos³⁵. Para que, a tenor de lo dispuesto en este precepto, proceda considerar aplicable la excepción del nivel alto de seguridad impuesta por el artículo 81.3, deben concurrir dos requisitos. El primero hace referencia a los datos objeto de tratamiento. Así, los ficheros podrán contener uno o varios de los siguientes datos: la mera indicación del grado o porcentaje de minusvalía del afectado o de los miembros de su unidad familiar, o la indicación de «apto» o «no apto» de un trabajador o la existencia o no de una enfermedad común, enfermedad profesional o accidente laboral o no laboral, así como la incapacidad laboral del trabajador, no pudiendo contener cualquier otro dato relacionado con los resultados de las acciones de vigilancia de la salud o con la concreta enfermedad o accidente padecido por el trabajador para que sea aplicable la excepción del artículo 81.6 del Reglamento. El segundo de los requisitos necesarios es que la finalidad que justifica el tratamiento debe venir impuesta por la exigencia al responsable o al encargado del cumplimiento de un deber público. Este deber público se ha encontrado para los datos mencionados anteriormente en la legislación reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la legislación vigente en materia de seguridad social³⁶.

2.5. El deber de secreto

Este deber de seguridad se completa con el deber de secreto respecto de los datos tratados —art. 10 LOPD—. Este deber de secreto, que conlleva también el deber de responsable del fichero y todos aquellos que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos, incluido el encargado del tratamiento, subsistiendo dicho deber aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero. Este principio de secreto se refuerza con la tipificación

penal de algunas conductas relacionadas con la protección de datos. En concreto, se castiga la conducta consistente en apoderarse, utilizar o modificar, sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal y, también a aquellos que sin estar autorizados accedan a datos, los alteren o los utilicen en perjuicio del titular de los datos o de un tercero³⁷.

En el ámbito sanitario, este deber de secreto se añade al secreto profesional inherente a la profesión sanitaria, y que nace en el juramento hipocrático como el compromiso a guardar silencio sobre todo lo que viese u oyese durante el tratamiento de los pacientes. Este compromiso profesional, no sólo se ha recogido en códigos deontológicos de la Profesión médica³⁸, sino que también se ha reconocido en la normativa como una obligación legal³⁹, aunque sin embargo no se suele atribuir al paciente el derecho de exigir su cumplimiento. Este deber de secreto, aplicable al personal sanitario, se extiende al profesional no sanitario y en general a cualquier persona que tenga acceso a los datos de la historia clínica y que de alguna manera haya tratado estos datos.

Más allá del ámbito teórico de la obligación de secreto, la LOPD protege la confidencialidad de los datos especialmente protegidos, entre los que se encuentran los datos de salud, de una manera más contundente que al resto. Así, la omisión de este deber de secreto respecto de estos datos se castiga como una infracción muy grave — art. 44.3, g)—, considerándose leve en el resto de los casos —art. 44.2, e)—.

3. El concepto de cesión o comunicación y de acceso de datos por terceros

Otra de las cuestiones que delimita el ámbito del presente trabajo es el movimiento de datos de salud que se produce entre la industria de tecnología mé-

³⁵ Para A. TRONCOSO – ver A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), págs. 60 – 61 y apdo. VII - las excepciones recogidas en los arts. 81.3, a) y 81.6 no son acertadas ya que disminuyen el régimen de protección establecido en el Real Decreto 994/1999 reduciendo las medidas de seguridad en beneficio de las entidades que no habían implantado las medidas de seguridad de nivel alto exigidas. Entiende que para solventar las dificultades de aplicación de estas medidas hubiese sido mejor dar soluciones adecuadas a cada tipo de problema en lugar de disminuir de forma general las medidas de seguridad que ya estaban en vigor y que habían sido implantadas. En cambio considera más adecuada la premisa establecida en el art. 81.5, b) del Reglamento.

³⁶ Cfr. Informes 227/2008, 303/2008, 336/2008, 574/2008, entre otros de la Agencia Española de Protección de datos.

³⁷ Artículos 197 a 200 del Código Penal.

³⁸ El Código de Ética y Deontología médica, adoptado por la Organización Médica Colegial el 10 de septiembre de 1999.

³⁹ Artículo 24.2 de la CE, art. 199.2 del Código Penal, la ley 41/2002, arts. 2.7 y 16.6 o la previsión de la Ley General de Sanidad, por citar algunos ejemplos.

dica y los diferentes actores de la asistencia sanitaria. Pero antes de abordar los preceptos de la LOPD que regulan el régimen jurídico aplicable a estas situaciones, me gustaría indicar que en los párrafos siguientes dicho régimen se va a presentar desde una perspectiva general, dejando la aplicación del mismo al ámbito sanitario, para su posterior estudio en cada una de las situaciones concretas que señalaremos más adelante⁴⁰.

3.1. La cesión o comunicación de datos personales

Uno de los conceptos de la LOPD que regula el movimiento de datos personales es el concepto de cesión de los mismos. El artículo 3.i) de la LOPD define la «cesión o comunicación» de datos personales como: «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado». Así, se considera cesión o comunicación de datos cualquier transmisión de información o la simple puesta en conocimiento a persona distinta del afectado sin necesidad de que exista un resultado o que se complete la transmisión, es decir, que efectivamente se obtenga un dato por parte de ese tercero⁴¹. También es importante destacar que para que un acto pueda ser considerado como cesión a tenor de lo dispuesto en la LOPD, el destinatario de la misma no puede ser el interesado⁴², o cualquier persona que actúe en nombre del mismo, sino que debe ser una persona distinta de éste⁴³. Este segundo requisito diferencia la cesión del derecho de acceso a los datos por parte del titular de los mismos, recogido en el artículo 15 de la LOPD⁴⁴.

Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero bajo dos condiciones: que sean necesarios para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario⁴⁵ y que el interesado haya dado su consentimiento previo a dicha cesión o comunicación —art. 11.1 de la LOPD—.

Para determinar la validez de la cesión, el consentimiento ha de ser informado, no sólo en los términos anteriormente expuestos⁴⁶, sino que además el titular de los datos debe recibir del cedente la suficiente información que le permita conocer la finalidad a la cual se destinarán los datos cuya comunicación autoriza, o el tipo de actividad del tercero a quien se pretende comunicar, tal y como exige el artículo 11.3 de la LOPD. La Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que no es admisible una mención genérica al sector de actividad al que pertenezcan el cedente y el cesionario o a la finalidad a la que serán destinados los datos para que se considere cumplido este requisito de información y exige que se especifique de manera concreta quién es la tercera parte cesionaria de los datos personales⁴⁷.

Por otra parte, con independencia de las obligaciones expuestas en materia de información en la cesión de datos, resulta necesario mencionar otros de los requisitos para la validez de la primera cesión, recogidos en el artículo 27.1 de la LOPD. Dicho precepto establece que «el Responsable del Fichero, en el momento en que se efectúe la primera cesión de datos, deberá informar de ello a los afectados, indicando, asimismo, la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos y el nombre y dirección del cesionario».

⁴⁰ Infra. Apdo. 4.

⁴¹ Esta posición amplia del concepto de cesión es defendida, entre otros, por Jesús Alberto Messía, ver J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (Civitas, 2003), capítulo I.

⁴² El Reglamento de la LOPD define «Afectado o interesado» como la «persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento».

⁴³ El Reglamento de la LOPD define «Destinatario o cesionario» como «la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, al que se revelen los datos. Podrán ser también destinatarios los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados» y define «Tercero» como la «persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo distinta del afectado o interesado, del responsable del tratamiento, del responsable del fichero, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento. Asimismo, pueden tener también la condición de terceros los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados».

⁴⁴ El derecho de acceso es uno de los derechos de carácter personal que pueden ser ejercitados por el interesado o por el afectado, ante el responsable del fichero, y en su caso ante el encargado del tratamiento. Los otros derechos son: derecho de cancelación, de oposición y de rectificación. Normalmente de les denomina Derechos ARCO y están regulados en el Título III de la LOPD.

⁴⁵ Es crítica común de algunos autores el que no se haya hecho referencia en este precepto a la compatibilidad de los fines, en atención al considerando 28 de la Directiva 95/46/CE y al principio de calidad del artículo 4 de la LOPD. Para otros autores, esta dificultad se salva precisamente por el artículo 4 de la LOPD, ya que este precepto establece un principio general del régimen establecido por la Ley a todo tratamiento de datos, incluida la cesión. Ver J. A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La cesión o comunicación de datos de carácter personal* (Civitas, 2003), p. 101.

⁴⁶ Supr. Apdo. 2.2.

⁴⁷ Cfr. Informe de la AEPD 325/2004 «Comunicación de datos entre empresas del mismo grupo».

Analizado el régimen general de la cesión de datos señalar que la LOPD excepciona la obligación de consentimiento del afectado y la citada obligación de información en determinados supuestos recogidos en los artículos 11.2, 21 y 27.2 de la LOPD.

El artículo 11.2 de la LOPD recoge los siguientes supuestos de excepción:

a) Cuando la cesión esté autorizada por una Ley. Así, la norma de rango de ley debe contener algún tipo de mandato u obligación que, necesariamente, implique el tratamiento de datos personales, aunque no se mencione expresamente la dispensa del consentimiento⁴⁸. Y en particular, tal y como indica el Reglamento en su artículo 10, cuando concurra uno de los siguientes supuestos:

- que el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la LOPD; o
- que el tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas.

b) Cuando se traten de datos recogidos de fuentes accesibles al público, esto es el censo promocional, los repertorios telefónicos, las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales, los Diarios y Boletines Oficiales y los medios de comunicación⁴⁹.

Siempre que, tal y como establece el reglamento, dicho tratamiento o conocimiento se base en un interés legítimo del responsable o del tercero, y en la medida en que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. No obstante, las Administraciones públicas sólo podrán comunicar este tipo de datos a responsables de titularidad privada cuando se encuentren autorizadas para ello por una norma de rango de Ley.

c) Cuando la cesión responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesaria-

mente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la cesión sólo será legítima en tanto se limite a la finalidad que la justifique. Esta relación jurídica puede ser de carácter laboral, administrativa, asociativa, corporativa, negocial o contractual.

Respecto de los datos contenidos en ficheros de gestión de clientes, históricos de relaciones comerciales o publicidad a los clientes, la comunicación de tales datos ha de estar justificada por el consentimiento de los afectados, no siendo de aplicación esta excepción.

d) Cuando la comunicación tenga por destinatarios al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Igualmente a Instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos⁵⁰. Esta excepción se completa con lo dispuesto en el artículo 21 de la LOPD, según el cual tampoco será necesario el consentimiento del afectado cuando la cesión se realice entre Administraciones Públicas para el ejercicio de las mismas competencias o de competencias que versen sobre la misma materia o en los supuestos en que los datos personales se hayan obtenido o elaborado por una Administración con destino a otra.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

Tampoco será necesario el consentimiento —artículo 11.6— en los supuestos en que la comunicación de datos se efectúe previo procedimiento de disociación. Por procedimiento de disociación se entiende todo tratamiento de datos personales en el que la información que se obtenga no pueda asociarse a una persona identificada o identificable⁵¹.

Respecto del requisito de información en la primera cesión recogido en el artículo 27, dicho pre-

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 21 de septiembre de 2005.

⁴⁹ Art. 3, j) de la LOPD y art. 7 el Reglamento de la LOPD.

⁵⁰ El artículo 9 del Reglamento de la LOPD recoge las condiciones del tratamiento de datos personales con fines estadísticos, históricos o científicos.

⁵¹ Este concepto será desarrollado en el apartado 4.1.3 del presente trabajo

cepto señala en su apartado segundo que no es necesario su cumplimiento cuando nos encontremos en los supuestos señalados en los apartados 2, letras c), d), e) y 6 del artículo 11, ni cuando la cesión venga impuesta por una ley.

Como desarrollo al régimen establecido por la LOPD para la cesión o comunicación de datos personales, el Reglamento de la LOPD enumera una serie de supuestos que legitiman el tratamiento o cesión de datos personales —art 10—. Este artículo, aparte de concretar lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPD, añade en su apartado 5 que «no será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de las personas, conforme a lo dispuesto en el capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud». Con este precepto, el reglamento pone en manifiesto la habilitación legal a la comunicación de datos entre Administraciones públicas recogida en la Ley 16/2003. Así, los servicios de salud públicos pueden cederse datos personales de salud sin necesidad de consentimiento expreso por parte del interesado, permitiéndoles más fácilmente el establecimiento de un sistema sanitario cohesionado y de calidad. En cambio para la comunicación de datos entre los servicios de salud privados, es imprescindible la existencia previa de dicho consentimiento.

3.2. El acceso a datos por parte de terceros

Otro de los conceptos importantes en relación con el flujo de información es el acceso a datos por terceros, también denominado encargo de tratamiento, cuyo régimen queda establecido en el artículo 12 de la LOPD y en los artículos 20 a 22 del Reglamento de la LOPD. En este supuesto, el titular de los datos encarga a un tercero determinadas prestaciones de servicios relacionadas con los datos que mantiene en sus ficheros, para lo cual deberá permitir el acceso a esta otra empresa a tales ficheros. A este tercero se le denomina Encargado del Tratamiento⁵².

En primer lugar, antes de entrar a detallar el régimen aplicable a la figura del encargo del tratamiento

es necesario diferenciarla de la cesión o comunicación de datos. La LOPD establece que el acceso a los datos por terceros no será considerado como una cesión de datos, cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento —art. 12.1 de la LOPD—. En este sentido, el Reglamento de la LOPD añade que existirá comunicación o cesión de datos cuando el acceso a los mismos tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado —art. 20.1—. Por tanto, una de las condiciones necesarias para que nos encontremos ante una situación de encargo de tratamiento es que la actuación del encargado se limite única y exclusivamente a la prestación de servicios anteriormente mencionados. Y es precisamente esta condición indispensable la que marca la diferencia entre una cesión de datos y un encargo del tratamiento, ya que en este último el encargado del tratamiento accede a los datos utilizándolos de acuerdo con las instrucciones facilitadas por el responsable del tratamiento y destinándolos a una finalidad establecida previamente por este. Sin embargo, en la cesión de los datos, el cesionario accede a la información destinándola a un fin propio y convirtiéndose a su vez en responsable del tratamiento. Y así es como lo ha interpretado, no sólo la Agencia Española de Protección de Datos, sino también la Audiencia Nacional⁵³.

Esto implica, entre otras cosas, que en el encargo del tratamiento no es necesario observar los requisitos señalados anteriormente para los casos de cesión o comunicación de datos a terceros, como por ejemplo la necesidad del consentimiento previo de los afectados. No obstante, esto no significa que no se deba cumplir con el deber de información recogido en el artículo 5 de la LOPD con carácter previo al tratamiento de sus datos⁵⁴.

Sin embargo sí que debe cumplirse con otros requisitos destinados a garantizar la protección de los datos tratados. En concreto, la LOPD establece en su artículo 12.2 determinados requisitos de forma en los contratos en los que se pacte con un tercero el tratamiento de datos personales. El contrato, que deberá realizarse en forma escrita o en cualquier otra forma que permita acreditar su celebración, establecerá las medidas y requisitos del tratamiento de los datos a realizar por el encargado del tratamiento, el cual únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento y no

⁵² Supra. Nota 31. Definición de encargado del tratamiento.

⁵³ Cfr. Informe 0008/2009 de la AEPD, y Sentencias de 20 de septiembre de 2002, de 12 de abril de 2005 y de 28 de septiembre de 2005 de la Audiencia Nacional.

⁵⁴ Supra. Apdo. 2.3.

los aplicará o utilizará con una finalidad distinta a la que figure en dicho contrato, no pudiendo comunicarlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas. También se deberán especificar, en dicho contrato, las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento está obligado a implantar⁵⁵.

En el caso de que el encargado del tratamiento incumpliera las estipulaciones del contrato y, en concreto, destinara los datos a otra finalidad distinta de la estipulada en el mismo, será considerado responsable del tratamiento a efectos de asumir las infracciones derivadas de su comportamiento, sin que ello libere al responsable del tratamiento de sus propias obligaciones y responsabilidades —art. 12.4 de la LOPD—. No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que le hubiera encomendado la prestación de un servicio —art. 20.3 del Reglamento de la LOPD—.

También es necesario indicar que conforme al artículo 20.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, con carácter previo a la contratación existe un deber de diligencia del responsable del fichero en la elección del encargado del tratamiento. Es decir, el responsable del fichero deberá asegurarse de que el encargado del tratamiento que va a contratar reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa.

Adicionalmente, el Reglamento de desarrollo de la LOPD regula en artículo 21, la subcontratación de servicios. Así, viene a establecer que el encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de ése autorización para ello. En este caso, la subcontratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento.

A pesar de lo dispuesto en el apartado anterior será posible la subcontratación sin necesidad de autorización siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se especifique en el contrato los servicios objeto de subcontratación y la empresa a subcontra-

tar. En el caso de que en el contrato no conste la identificación de la empresa subcontratista se deberá comunicar los datos identificativos al responsable antes de proceder a la subcontratación.

- b) Que el tratamiento por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.
- c) Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato, en los términos previstos en el artículo 12 de la LOPD⁵⁶.

En este caso, el subcontratista será considerado encargado del tratamiento. Conforme al apartado 3 del artículo 22, si con posterioridad a la firma del contrato entre responsable y encargado resultase necesario la subcontratación de un tercero, y esta circunstancia no hubiera sido prevista en el mismo, deberán someterse al responsable del tratamiento los requisitos listados en el párrafo anterior.

Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto de tratamiento —art. 12.3 de la LOPD—.

Es importante señalar que no procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación. En este sentido, el encargado del tratamiento tiene facultad de poder conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del fichero —art. 22 del Reglamento de la LOPD—.

Como se ha indicado anteriormente, en el contrato de encargo de tratamiento que regule la prestación con relación al tratamiento de datos personales se deberán especificar las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento debe implementar, que en principio han de ser las mismas que las impuestas al responsable del fichero —artículos 9 y 12.2 de la LOPD⁵⁷. El encargado quedará exonerado del deber de implantar medidas de seguridad cuando el acceso a los datos se produzca de forma remota, sin posibi-

⁵⁵ La Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid recomienda el uso de diferentes tipos de cláusulas en su página web (www.madrid.org/apdcm). También la AEPD ha estudiado en numerosas ocasiones el contenido y la forma de estos contratos de encargo de tratamiento. Cfr. Informe 625/2009 y 494/2008 entre otros.

⁵⁶ Este precepto del Reglamento recoge la fórmula que la AEPD acogió en diferentes informes, como por ejemplo en el informe 513/2004, y que hacía posible la subcontratación. Hay que tener en cuenta que antes de la entrada en vigor del Reglamento y tal como interpretó la propia Agencia en su memoria de 2000 el artículo 12.2 no permitía la subcontratación.

⁵⁷ El artículo 82 del Reglamento de la LOPD establece cómo deben implantarse estas medidas.

lidad de incorporar tales datos a sistemas o soportes distintos de los del responsable⁵⁸. En estos casos el responsable deberá hacer constar este acceso remoto en su documento de seguridad. Por otra parte, el personal del encargado deberá comprometerse al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en dicho documento. Asimismo, también sería recomendable que estas personas carecieran de recursos informáticos o de cualquier otro tipo que permitiesen el almacenaje o copia de los datos. Todas estas circunstancias deben contemplarse en el contrato celebrado con el responsable⁵⁹.

Sin embargo, este servicio no supone para el encargado del tratamiento la necesidad de notificar nuevos ficheros en el Registro General de Protección de Datos. En todo caso, sería el responsable del fichero quien debe realizar una notificación de modificación de los ficheros ya inscritos, al objeto de actualizar el apartado relativo al encargado del tratamiento y, en su caso, aquellos relativos a la ubicación del fichero o los sistemas de tratamiento.

En cuanto a los derechos de acceso, cancelación, oposición y rectificación, el reglamento abre la posibilidad de que los mismos puedan ser ejercitados ante el encargado, que o bien dará traslado de la solicitud del interesado al responsable del fichero, o bien la atenderá el mismo, en el caso de que en la prestación de servicios se ha incluido tal extremo — art. 26 del Reglamento de la LOPD—.

El último de los supuestos relevante para este trabajo en lo referente al movimiento de datos de carácter personal es la **transferencia internacional de datos**, que debemos entender como la trasmisión de datos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien porque constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español, es decir que se trate de un encargo del tratamiento. Dada la importancia de este concepto, éste será tratado más en profundidad más adelante⁶⁰.

4. Flujos de información desde la perspectiva de la industria

Una vez estudiado el marco jurídico en el que se producen los flujos de datos en el ámbito sanitario, es hora de analizar cada uno de esos movimientos

de datos de salud. De manera que podamos evaluar la adecuación de los mismos a la normativa de protección de datos personales, identificar las situaciones de riesgo y en concreto proponer soluciones, acordes a la legislación, a los problemas y retos relacionados con la protección de datos a los que se enfrenta la industria sanitaria en el desarrollo de su actividad.

Como punto de partida, debemos señalar los aspectos comunes a los que tienen que hacer frente todos los agentes intervinientes en el ámbito sanitario y que han sido estudiados en la primera parte del trabajo. En primer lugar, destacar que los datos objeto de tratamiento son datos especialmente protegidos, con todas las peculiaridades y exigencias que ello conlleva, como la necesidad del consentimiento expreso del afectado y el establecimiento de medidas de seguridad de nivel alto, entre otras. Y en segundo lugar, no podemos olvidar la necesidad de armonizar los preceptos de la normativa de protección de datos con la normativa del sector sanitario, y la dificultad que esto supone al tratarse de un sector altamente regulado y con una dinámica sectorial muy cambiante a razón de avances tecnológicos y de constante evolución frente a la rigurosidad de la normativa de protección de datos.

En una primera reflexión sobre cuáles serían los movimientos de datos de salud que se producen en el ámbito sanitario, probablemente nos centraríamos en aquellos que se producen dentro de la actividad meramente asistencial, y que no fluyen más allá de las instalaciones de los hospitales o instituciones donde se atiende a los pacientes.

Sin embargo, dentro del ámbito sanitario se producen otro tipo de actividades relacionadas con la gestión de la asistencia o con la investigación, por nombrar quizá las más relevantes, que conllevan el tratamiento de datos fuera del ámbito médico-asistencial. Entre ellas se encuentran las siguientes situaciones, clasificadas en atención a sus intervinientes:

- el flujo de información entre el centro asistencial (privado o público) y la industria: intercambio de información para la prestación de diferentes servicios, como la asistencia técnica, apoyo logístico, o por temas relacionados con la facturación, y al uso cada vez más extendido de la Telemedicina. Así como el intercambio de información que se produce a consecuencia de la actividad investigadora o el registro de tarjetas de implantes.

⁵⁸ Art. 82.1 del Reglamento de la LOPD.

⁵⁹ Cfr. Informe 155/2008 de la AEPD «Seguridad del Encargado con acceso remoto».

⁶⁰ Infra Apdo 4.5.

- El flujo de información entre las aseguradoras y la industria, consecuencia principalmente de la facturación de las prótesis o dispositivos médicos.
- El flujo de información entre el usuario/paciente y la industria, cada vez más frecuente debido a la proactividad de los usuarios a la hora de demandar información sobre los productos, vigilancia.
- El flujo de información con empresas del grupo, y en especial las situaciones de transferencia internacional de datos.

Todos estos flujos de información, encuentran su encaje en la normativa de protección de datos mediante las figuras de cesión/comunicación de datos o la de encargo del tratamiento.

4.1. Flujo de datos entre el centro asistencial (público o privado) y la industria

4.1.1. Flujos de datos en la relación comercial

La relación entre el proveedor de tecnología médica y los centros sanitarios, tanto privados como públicos, ha evolucionado en los últimos años más allá de la tradicional relación comercial entre proveedor y cliente, es decir, ya no se limita al mero suministro del producto. En la actualidad, la mayoría de las compañías están al mismo nivel tecnológico, por lo que cada vez más éstas se diferencian por los servicios que ofrecen a sus clientes. En el caso de la industria de tecnología sanitaria, estos servicios están enfocados principalmente a prestar asistencia y soporte tecnológico especializado a los usuarios de los dispositivos, tanto profesionales sanitarios como pacientes.

En los casos de consultas realizadas por profesionales sanitarios⁶¹, el flujo de información se puede producir de diferentes maneras: en la propia consulta, cuando el personal de la compañía visita las instalaciones del centro, o a través de un departamento especializado y destinado a recibir consultas del profesional sanitario por vía telefónica o por mail. Normalmente, estas consultas son de carácter técnico destinadas a resolver dudas sobre el funcionamiento del dispositivo, sin que se faciliten datos personales

de terceros, sin embargo, en ocasiones pueden llegar a recabarse datos de salud de los pacientes que se benefician del uso del dispositivo, y que en la mayoría de los casos no es necesaria para la prestación del servicio.

Lo ideal en estos supuestos es que la única información facilitada por el centro estuviese exclusivamente relacionada con el dispositivo, dado que la consulta planteada tiene como finalidad la resolución de dudas de carácter técnico sobre el uso y/o funcionamiento del mismo. De esta forma, al no recogerse información personal alguna, dicha comunicación no entraría dentro del ámbito de aplicación de la LOPD⁶².

Sin embargo, cuando la información contiene datos de salud, su tratamiento debe ser analizado bajo el prisma de la LOPD. Para saber si en estos supuestos nos encontramos ante una cesión o comunicación de datos o ante un encargo de tratamiento, necesitamos esclarecer si el flujo de información se produce entre dos responsables o entre responsable y encargado.

Así, los datos objeto de transmisión son datos personales de la Historia Clínica del paciente. La Ley 41/2002 de autonomía del paciente regula, entre otros aspectos, el régimen de propiedad y custodia de la Historia Clínica. En su artículo 17.1 dispone que «los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad» y añade en el apartado 4 de dicho artículo que «la custodia de dichas Historias Clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro». En cambio, el artículo 17.5 de dicha Ley establece que «los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen». Es decir, que si entre el Centro Sanitario y los facultativos existe una relación de dependencia, bien sea de tipo laboral, de tipo mercantil (como un arrendamiento de servicios) o análoga, la responsabilidad del tratamiento y custodia de la Historia Clínica, así como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la LOPD al responsable del fichero o del tratamiento, le corresponde al Centro y no al facultativo. Si no existe tal relación de dependencia, todas estas responsabilidades recaerán en el propio profesional sanitario⁶³.

⁶¹ La consultas realizadas directamente por los pacientes serán tratadas en el apartado 4.3.

⁶² Art. 2 de la LOPD: «...será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior...», en relación con el artículo 3.a) de la LOPD, que define lo que es dato de carácter personal.

⁶³ Informe de la AEPD 106/2008 «Responsabilidad sobre las historias clínicas en clínica privada», cfr. A. A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), pp. 33-34.

En cualquier caso, para el supuesto que nos ocupa queda claro que la transmisión de la información a las empresas de tecnología sanitaria nace en un responsable del fichero, siendo la finalidad de esta transmisión la resolución de una duda de carácter técnico sobre el uso de un dispositivo con la que se mejorará la asistencia sanitaria o el tratamiento médico. Además, dicha empresa no establece ningún tipo de vínculo con el paciente, limitándose a prestar el servicio requerido por el centro. Por tanto, estaríamos ante un supuesto de **encargo del tratamiento** regulado en el artículo 12 de la LOPD y en el capítulo III del Reglamento de la LOPD, estudiado con anterioridad⁶⁴.

En estos supuestos, las recomendaciones de actuación a las empresas de productos sanitarios pueden ser dos:

- a) Tratar única y exclusivamente información que no contenga datos de carácter personal. Esto implicaría, en primer lugar, la creación de protocolos internos destinados a eliminar cualquier tipo de información personal que pudiese aparecer en las peticiones recibidas, así como la formación exhaustiva en protección de datos del personal relacionado con la prestación de dichos servicios, sin olvidar incluir cláusulas de confidencialidad⁶⁵ en los contratos de trabajo de dichas personas. Y en segundo lugar, se deberían tomar otra serie de medidas dirigidas a concienciar y formar a los profesionales sanitarios en cuanto a sus obligaciones respecto al tratamiento de datos personales. Esta medida, además de exigir un esfuerzo ingente, no elimina el riesgo de tratar datos personales de salud sin debidas cautelas, exponiéndose a sanciones importantes.
- b) Regularizar esta situación bajo la figura del encargo del tratamiento, bien mediante la firma de un contrato ad hoc, bien mediante la inclusión de cláusulas en los contratos celebrados con los centros sanitarios, o en las ofertas realizadas en los concursos públicos. Estos acuerdos o cláusulas deberían cumplir los requisitos de contenido y forma recogidos en la LOPD⁶⁶. Adicionalmente, se podrían incluir otra serie de cláusulas dirigidas a reforzar los principios aplicables al tratamiento de datos, como, por ejemplo, la necesidad de que el Centro informase a los pacientes en los

términos establecidos en el artículo 5 de la LOPD, o principio de proporcionalidad en la recogida y tratamiento de los datos del artículo 4. Respecto a las medidas de seguridad, éstas deberán ser de nivel alto; en estos supuestos tanto el responsable como el encargado deben adoptar las medidas adecuadas a la naturaleza de los datos que están tratando. En el caso de que el acceso a los datos fuese remoto, se estaría a lo dispuesto en el artículo 82.1 de la LOPD, además de reflejar dicha circunstancia y las condiciones a las que queda sometida en el propio contrato.

Como complemento a este contrato, la empresa prestadora de servicios, debería establecer protocolos internos de actuación en materia de protección de datos, además de formar a las personas que participasen de alguna manera u otra en el tratamiento de estos datos, así como incluir cláusulas de confidencialidad en sus contratos de trabajo.

Otro de los servicios más demandados por los centros sanitarios es el **envío del material** (bien sea el propio dispositivo, bien sean los fungibles necesarios para su utilización) **al domicilio del paciente**. En este caso, nos es de aplicación lo analizado para el supuesto anterior; por tanto, nos encontramos ante una situación de **encargo del tratamiento**. En cuanto a las recomendaciones sobre cómo regularizar esta situación, está claro que sólo es aplicable la segunda de las opciones propuesta anteriormente, ya que es obvio que el tratamiento de datos personales es imprescindible para la prestación del servicio. En consecuencia, sería necesario firmar un contrato de encargo de tratamiento con el centro sanitario correspondiente. En este contrato sería imprescindible mencionar la subcontratación de determinados servicios con terceros ajenos a la relación entre el encargado y el responsable; por ejemplo, mensajerías.

Otros de los flujos de datos a estudiar es la gestión de pedidos realizados por los centros sanitarios (vía teléfono, correo electrónico o fax). Estos pedidos pueden incluir datos de diversa naturaleza: el número del concurso con cargo al cual se hace los pedidos, el número de historia clínica, el número del DNI del paciente, sus iniciales, etc.

Cuando el pedido contenga exclusivamente datos disociados, como puede ser el número del concurso público o el número del contrato firmado con

⁶⁴ Supra Apdo. 3.2.

⁶⁵ Modelo de cláusula de confidencialidad: A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), p. 496.

⁶⁶ Modelos de cláusulas de encargo de tratamiento: A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), p. 494.

el centro, estos flujos de información no estarán sometidos a la normativa de protección de datos. Pero si los pedidos incluyen datos personales, como el número de historia clínica, el número del DNI, sus iniciales o cualquier otro dato identificativos, serán de aplicación las obligaciones contenidas en la LOPD. En estas situaciones, en atención a lo analizado anteriormente, también nos encontramos ante un encargo de tratamiento, ya que los datos son tratados con la única finalidad de prestar un servicio al centro asistencial.

La Agencia Española de Protección de Datos ha manifestado, en su informe 625/2009⁶⁷, que si la empresa no tiene relación alguna con los pacientes, es decir, responde a un pedido realizado por el centro sanitario y las facturas no implican una relación personal con el paciente, nos encontramos en un supuesto de encargo del tratamiento que debería formalizarse de acuerdo con los términos previstos en el artículo 12 de la LOPD y en los artículos 20 a 22 del Reglamento de la LOPD. Sin embargo, si la empresa decide sobre el objeto y finalidad del tratamiento y puede aplicar los datos a sus propias finalidades, estableciéndose así un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado, ésta será responsable del fichero o del tratamiento, y por tanto, estaríamos ante una cesión de datos de salud que requeriría el consentimiento expreso del afectado o una habilitación legal.

Por último, recordar que el encargado del tratamiento puede conservar las facturas, si bloquea los datos personales, en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento —art. 22.1 del Reglamento—.

4.1.2. *Flujos de datos en Telemedicina*

Hoy en día, la telemedicina o la prestación de servicios sanitarios a distancia ya no es considerada como algo excepcional, sino que se concibe como un modo más de ejercer la medicina que beneficia tanto a los pacientes como a los profesionales sanitarios: mejorando la accesibilidad a la atención médica especializada en zonas donde no hay suficientes especialistas o existen dificultades de acceso; contribuyendo a la

mejora de la calidad de vida de los enfermos crónicos y optimizando los recursos mediante la reducción de los costes y de las listas de espera, mejorando por tanto, la eficiencia de los sistemas sanitarios⁶⁸.

La telemedicina se define como el ejercicio de la medicina a distancia, cuyas intervenciones, diagnósticos, decisiones de tratamiento y recomendaciones están basadas en datos, documentos y otra información transmitida a través de sistemas de telecomunicación⁶⁹. La telemedicina abarca una amplia variedad de utilidades o servicios. Los más comunes son: la teleasistencia, interacción médico—paciente cuando éste está aislado y no tiene acceso a un médico local; la televigilancia, interacción médico—paciente donde se transmite información médica electrónicamente al médico, lo que le permite vigilar el estado del paciente; o la teleconsulta, interacción médico—paciente o entre dos médicos con el fin de realizar una consulta médica.

A pesar de las ventajas que ofrece la telemedicina, todos los agentes intervinientes (profesionales sanitarios, pacientes, gobiernos...) son conscientes de las dificultades que su implantación conlleva. Entienden además que, para el éxito de la Telemedicina, es fundamental aportar seguridad jurídica a las actuaciones que se lleven a cabo, de manera que la Telemedicina se desarrolle garantizando al mismo tiempo la privacidad de los afectados y la máxima seguridad. En este sentido, las principales preocupaciones se centran en las siguientes cuestiones: la responsabilidad del profesional sanitario, la relación médico—paciente, la modificación de la *lex—artis*, la calidad de la atención y la seguridad de la medicina, la protección de los datos personales del sujeto, la garantía de confidencialidad del paciente etc. Aunque todas estas cuestiones son muy interesantes, nos vamos a centrar en la que hace referencia al objeto de este trabajo, es decir, el tratamiento de los datos personales del paciente y el papel que ejerce la industria respecto de estos datos.

La Telemedicina supone el tratamiento de datos personales, en este caso de salud, por lo que todos los flujos de información que se produzcan en el uso de la misma quedan sometidos a la normativa de protección de datos y deberán estar legitimados por el consentimiento expreso del afectado o por una habilitación Legal —art. 7.3 de la LOPD—.

⁶⁷ Informe 625/2009 «Protésicos, ¿encargados o responsables?»

⁶⁸ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las Regiones, sobre la telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad. COM (2008) 689.

⁶⁹ Definición contenida en documento «Ethical Guidelines in Telemedicine» adoptado por el Comité Permanente de Médicos Europeos en abril de 1997 y en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre responsabilidades y normas éticas en la utilización de la Telemedicina, de octubre de 1999.

Respecto al tratamiento de datos que realiza el profesional sanitario o el centro médico, hay que señalar en primer lugar que la telemedicina no elimina la relación médico-paciente, basada en el respeto mutuo, la independencia de opinión del médico, la autonomía del paciente y la confidencialidad profesional. Y, por tanto, todos los médicos que utilicen la Telemedicina seguirán estando obligados a mantener historiales clínicos adecuados de los pacientes. En este sentido, la Ley 41/2002 impone una serie de obligaciones a los centros sanitarios y a los profesionales que desarrollen su actividad de manera individual, en relación con la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen, que los convierte en responsables del fichero a efectos de la LOPD. Por lo que vendrá obligado al cumplimiento de las obligaciones que en ella se contienen.

El tratamiento de los datos efectuado por el centro sanitario o por el profesional médico no requerirá el consentimiento del interesado, ya que le son de aplicación las excepciones recogidas en el artículo 7.6 y 8 de la LOPD. En cuanto a la cesión de estos datos entre centros sanitarios o entre profesionales de la medicina, ésta tampoco requerirá el consentimiento expreso cuando se produzca entre centros sanitarios públicos —arts. 11.2,e) y 21.4 de la LOPD—. Fuera de estos supuesto habilitados por la Ley, la cesión deberá basarse en el consentimiento expreso del interesado.

Señalar, también que, dado que los datos de carácter personal van a ser transmitidos a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas, el artículo 104 del Reglamento de la LOPD exige, como medida de seguridad adicional, que éstas se realice cifrando dichos datos u otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros. Tal y como ha venido interpretando la Agencia, esta exigencia recogida en el Reglamento implica dos cosas: la primera, que se cifre la información y, la segunda, que se haga de tal manera que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros. De este modo el sistema de cifrado a emplear no puede estar comprometido, es decir, que no se conozca la forma de romperlo. Además, el cifrado se debe acompañar de

un sistema de gestión de claves y de un procedimiento de administración del material criptográfico. Sin una correcta definición de las estas dos medidas adicionales al cifrado, las comunicaciones estarán comprometidas a largo plazo y no se cumplirá lo establecido en el artículo 104 del Reglamento⁷⁰.

En cuanto al papel que desempeña la industria en la Telemedicina es el desarrollar y diseñar el soporte técnico de la misma. Estos productos se ajustarán a las necesidades y expectativas de los centros sanitarios y de los profesionales que la utilicen. Por lo que en principio, la empresa de tecnología sanitaria sería una encargada del tratamiento por cuenta del responsable, es decir, por cuenta del centro sanitario o del profesional médico, ya que trataría los datos según sus indicaciones del responsable, en las condiciones estipuladas en el contrato de encargo que se ajustará a lo estipulado en el artículo 12 de la LOPD. No obstante, esta conclusión no es absoluta, pues, a la vista de las características concretas de cada servicio o producto esta afirmación podría cambiar.

Dado que la Telemedicina tiende a ser un instrumento global, el reto más importante en estos supuestos son las transferencias internacionales de datos⁷¹.

4.1.3. *Flujos de datos en la actividad investigadora*

A día de hoy es evidente que la investigación clínica⁷² es una actividad esencial para el progreso científico y la mejora de la asistencia sanitaria. Pero al mismo tiempo que se reconoce la importancia de esta actividad para el avance científico, no se puede negar la necesidad de proteger a los sujetos objeto de estudio desde todas las perspectivas posibles, incluida la protección de sus datos personales. En este sentido, toda la normativa aplicable a la investigación clínica busca el equilibrio entre el beneficio que se proporciona a la sociedad en su conjunto como consecuencia de la actividad investigadora y la protección del sujeto individual que participa en el ensayo clínico⁷³.

⁷⁰ Cfr. Informe de la AEPD 494/2009 «Necesidad de cifrado de datos para la comunicación».

⁷¹ Infra. Apdo 4.5.

⁷² La investigación clínica es un tipo de investigación biomédica, es decir que implican un riesgo para el sujeto afectado, que se realiza en seres humanos y cuyo objetivo es obtener conocimiento que permita el desarrollo de tecnología médica útil para el diagnóstico, la prevención o el tratamiento de las enfermedades. Esto incluye no sólo los estudios de validación de esta tecnología, sino también aquellos destinados a obtener la información necesaria a su para su concepción y desarrollo.

⁷³ Cfr. GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCEL TEIJEIRO, N., *Protección de datos e investigación médica*, ed. Agencia Española de Protección de datos (Aranzadi, 2009), p. 25.

La Directiva 95/46/CE, como ya hemos apuntado al principio de este trabajo⁷⁴, establece como regla general la prohibición de tratar categorías especiales de datos. No obstante, la propia directiva establece una serie de excepciones a dicho régimen general, y algunas de ellas tienen su justificación en la investigación clínica. Por ejemplo, en su considerando 34 entiende que la investigación científica podría considerarse como un «interés público importante», por el que puede estar justificado el tratamiento de datos sensibles, tal y como se indica en el artículo 8.4⁷⁵. También en el considerando 29 establece que no se considerará incompatible con los objetivos para los que fueron inicialmente recogidos el tratamiento de datos para fines estadísticos o científicos, interpretación que se reitera en su artículo 6.1,b). Y en lo que se refiere al deber de información, en el considerando 40 y en el artículo 11.2 indica que no es necesario informar al afectado cuando los datos hayan sido obtenidos a través de un tercero con fines estadísticos o científicos. Además, posibilita la conservación de datos personales por un período superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o tratados, en el caso de que estos fines sean estadísticos o científicos, artículo 6.1,e) de la Directiva. La LOPD tampoco es ajena al importante papel que desempeña la investigación en el avance científico, y transpone los mandatos recogidos en la Directiva⁷⁶.

No obstante a pesar de reconocer la importancia de esta actividad, y partiendo de la base de que la investigación clínica se fundamenta en el estudio de documentación clínica y médica, la normativa recomienda la anonimización de los datos utilizados durante la investigación. En este sentido, podemos mencionar el principio 12.1 de la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa que establece que «siempre que sea posible, los datos médicos utilizados para fines de investigación científica deberán ser anónimos». Y dentro de la normativa nacional, el artículo 16.3 de la Ley 41/2002 indica que el acceso a la historia clínica del paciente con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia obliga a preservar los datos de iden-

tificación personal del paciente separados de los de carácter clínico—asistencial, de manera que quede asegurado el anonimato. Este proceso de anonimización debería entenderse como una medida de protección adicional a la obtención del consentimiento expreso como elemento que justifica el tratamiento de los datos de salud⁷⁷.

El artículo 3.f) de la LOPD define disociación como «todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable». Esta definición se completa con el artículo 5.p) del Reglamento de la LOPD donde se define el Procedimiento de disociación como «todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados» y concreta en su apartado e) que: un dato disociado es «aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado».

Por su parte la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica distingue los siguientes conceptos:

- «Dato anonimizado o irreversiblemente disociado»: dato que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados —art.3.i)—.
- «Dato anónimo»: dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable —art. 3.h)—.
- «Dato codificado o reversiblemente disociado»: dato no asociado a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa —art. 3.k)—.

La Agencia Española de Protección de Datos ha analizado en diferentes informes el alcance de estas definiciones. Concretamente la Agencia ha manifestado que para entender que la disociación se ha pro-

⁷⁴ Supra pie de página número 2.

⁷⁵ Cfr. WP 131 del grupo de trabajo del artículo 29, págs 17-18, que considera que el tratamiento de los datos de salud a efectos de estadísticas oficiales y de investigación médica y científica podrían permitirse como excepción a la prohibición de tratar datos médicos con fines distintos de los mencionados en el artículo 8.3 de la directiva siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 8.4 y en el considerando 34: que estén previstas por la ley, con garantías apropiadas y específicas que protejan los derechos fundamentales y el derecho a la intimidad de las personas.

⁷⁶ Cfr.: artículo 4.2, artículo 4.5, artículo 5.5, artículo 21.1 de la LOPD.

⁷⁷ Cfr.: GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCEL TEIJEIRO, N., *Protección de datos e investigación médica*, ed. Agencia Española de Protección de datos (Aranzadi, 2009), p. 23.

ducido correctamente es necesario que no se permita por ningún tipo de medio identificar al paciente. Es más, para la Agencia será suficiente que exista la mera posibilidad, incluso remota, de que dicha información pueda revelar la identidad de la persona concreta para entender dicho tratamiento debería quedar sometido a la LOPD, es decir, que debe ser imposible asociar un determinado dato con un sujeto concreto para entender que el dato está disociado. Un criterio algo más estricto que el recogido en la normativa comunitaria y en el artículo 5.1, o) del Reglamento que entiende que el afectado no será determinable cuando su identificación requiera esfuerzos desproporcionados que sean suficientes para disuadir a quien accede al dato de la identificación de la persona a la que pertenece el dato⁷⁸. Según esta interpretación de la Agencia, el número de historia clínica se considera datos personal.

Respecto del alcance de la aplicación de la LOPD a los términos recogidos en el artículo 3 de la Ley 14/2007 anteriormente expuestos. La Agencia ha indicado que tanto los datos anonimizados o irreversiblemente disociados, como los datos no identificables o anónimos están excluidos de la aplicación de la LOPD. En cambio, dicha Ley sí será aplicable al tratamiento de datos codificados o reversiblemente disociados, lo que se ha llamado pseudoanonimización. Entiende la Agencia que si los datos están asociados a un código establecido por el investigador cabe entender que el fichero está sometido a la LOPD, incluso cuando alguno de los sujetos intervinientes en el ensayo únicamente pueda acceder a datos codificados⁷⁹. En este sentido, algunos autores opinan⁸⁰ que el Real Decreto 223/2004 contiene una serie de preceptos cuya interpretación permite considerar que el promotor puede «razonablemente y sin esfuerzos desproporcionados» llegar a identificar al sujeto. En primer lugar, el monitor es el responsable de garantizar que los datos son registrados de forma completa y correcta, por lo que conoce la identidad del sujeto, y además mantiene una relación de dependencia con el promotor, lo que implica la posibili-

dad de asociar fácilmente la información recogida con el sujeto. En segundo lugar, el promotor también está obligado a notificar las reacciones adversas, lo que también puede dar lugar a la identificación del sujeto. Y por último, la obligación impuesta al promotor de contratar un seguro de responsabilidad civil que cubra los daños, entre otros, de los sujetos participantes implica otra posibilidad más para poder llegar a conocer la identidad del sujeto.

Por tanto, a la luz de las interpretaciones de la Agencia, debemos entender que el término disociación, a efectos de la LOPD, hace referencia al procedimiento por el cual los datos objeto de tratamiento estarían anonimizados o irreversiblemente disociados.

Esta postura tan estricta genera muchas quejas por parte de las empresas promotoras de investigaciones clínicas por las dificultades prácticas que esta cuestión entraña⁸¹:

- En primer lugar, el concepto de anonimización es relativo y se basa en criterios que hacen referencia a medios razonables o esfuerzos, gastos o plazos desproporcionados. Pero ¿qué se entiende por razonable o desproporcionado? ¿Se pueden establecer criterios objetivos aplicables a todos los casos de lo que se considera razonable o desproporcionado en atención a la dificultad técnica o tecnológica? ¿O la determinación de lo que es razonable se deja a la casuística debiendo establecer por tanto caso a caso en atención a otros criterios como pueden ser la capacidad tecnológica y económica?
- En segundo lugar, en algunos casos es necesario trabajar con datos reversiblemente disociados, ya que si se trabajan con datos anónimos o irreversiblemente disociados se pueden generar problemas de validez científica en los estudios: duplicidad de casos, problemas de trazabilidad, imposibilidad de recabar datos adicionales durante el desarrollo del estudio, problemas relacionados con la metodología de la investigación en los estudios epidemio-

⁷⁸ Cfr. Informe 283/2008 de la AEPD «El número de historia clínica que pueda asociarse con un paciente es un dato de carácter personal» o el Informe 406/2008 sobre «Cesión del dato de número de historia clínica», o el informe 207/2008 «consecuencias de la creación de una base de datos de médicos anonimizada».

⁷⁹ Cfr. Informe de la AEPD 533/2008 Aplicación de la LOPD a ensayos clínicos o Informe 624/2008 «Fichero de Investigación biomédica. Inscripción en el Registro de la AEPD».

⁸⁰ Cfr. RIPOL CARULLA, S.; BACARIA MARTRUS, J., *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, ed. Agència Catalana de Protecció de Dades (Marçal Pons, ediciones jurídicas, 2006), pp. 290-291.

⁸¹ Cfr. GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCEL TEJEIRO, N.; *Protección de datos e investigación médica*, ed. Agencia Española de Protección de datos (Aranzadi, 2009), pp. 27-28 y 71. Este mismo tipo de críticas son recogidas por Antonio Troncoso en A. TRONCOSO REIGADA, *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, ed. APDCM (Thomson Civitas, 2008), pp. 89-90.

lógicos⁸² o, como en el caso de las investigaciones genéticas, pone en peligro los derechos del sujeto sobre la información que pueda surgir de la investigación reconocidos por la Ley 14/2007.

- Y en tercer lugar, plantean que los datos meramente disociados mediante un código establecido por el investigador son datos anónimos para aquellos a los que se les ceden los datos sin dicho código, lo que Romeo Casabona ha denominado anonimización relativa o subjetiva⁸³. Argumentan que sólo sería posible identificar al sujeto cuyos datos están siendo objeto de estudio, si el investigador principal infringe sus obligaciones de confidencialidad o de secreto, contraviniendo así no sólo las normas de protección de datos sino también las normas deontológicas y las obligaciones establecidas en la normas de buenas práctica clínica y en las leyes y reglamentos que regulan la asistencia sanitaria y la actividad investigadora⁸⁴. En este sentido el Real Decreto 223/2004 de ensayos clínicos, en relación con las normas de Buena Práctica Clínica, atribuye al investigador la conservación de los códigos de identificación, único documento cuya conservación y archivo no corresponde al promotor.

Una vez expuesto el dilema de la disociación de los datos personales en el campo de la investigación, pasamos a analizar las recomendaciones del Código Tipo de Farmaindustria de protección de datos personales en el ámbito de la Investigación Clínica y de la Farmacología, aprobado por la Agencia Española de Protección de Datos el 17 de junio de 2009.

El flujo de información en los ensayos clínicos se produce entre el centro donde se realiza el ensayo y el promotor, y en el que pueden participar multitud de intervinientes como: el investigador principal, el monitor, CRO, el CEIC, la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, los auditores, etc... En la mayoría de los casos dado el carácter multinacional de las compañías de la industria sanitaria, el flujo de datos traspasa las fronteras naciona-

les y comunitarias, estas transferencias internacionales serán estudiadas más adelante⁸⁵.

El contenido de este flujo de información puede ser datos disociados o datos no disociados, pero en ambos casos se requiere el consentimiento informado expreso del sujeto para su participación en el estudio.

En el caso de una **investigación clínica con datos disociados**, el código de Farmaindustria establece que el procedimiento de disociación lo realizará el investigador principal. En el caso de estudios observacionales, se asignará un código numérico o alfanumérico consecutivo proporcionado por el promotor sin relación con los datos identificativos del sujeto participante, mientras que en los ensayos clínicos dicho código estará aleatorizado. El investigador incluirá el código en cada documento que envíe al promotor, evitando la inclusión de cualquier dato identificativos del paciente, y custodiará la relación de datos identificativos y de códigos. Asimismo, el monitor garantizará que el proceso de disociación ha sido correcto y que los datos que llegan al promotor no contienen datos identificativos del sujeto. Además, para garantizar este proceso de disociación, se deberá firmar un contrato de confidencialidad con cada uno de los agentes intervinientes en la investigación clínica, además de los contratos que se deban suscribir con cada uno de ellos⁸⁶. Otra medida adicional de protección consiste en delegar en el investigador la obligación de transmitir a la aseguradora contratada por el promotor los datos de los sujetos afectados por acontecimientos adversos.

En estos casos, el promotor no recoge los datos directamente ni accede a la documentación clínica original del centro, pero sí establece los criterios de tratamiento de los datos personales, lo que le convierte en Responsable del Tratamiento en relación con el Fichero de Investigación Clínica⁸⁷. Según el código de Farmaindustria, al no disponer de ningún dato de carácter personal no tiene responsabilidades adicionales salvo las relacionadas con el deber de diligencia. Por lo que podrá comunicar libremente

⁸² La investigación epidemiológica es un tipo de investigación biomédica que se realiza con poblaciones humanas y que tiene como principales objetivos el estudio de la distribución de enfermedades (incluyendo la producción rutinaria de medidas de frecuencia de enfermedad), la identificación de los factores que la determinan, el conocimiento del pronóstico y la evaluación de la práctica clínica.

⁸³ Cfr. GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCEL TEIJEIRO, N., *Protección de datos e investigación médica*, ed. Agencia Española de Protección de datos (Aranzadi, 2009), p. 73.

⁸⁴ SÁNCHEZ CARO, J., ob. cit., pp. 87-88.

⁸⁵ *Infra*. Apdo 4.5.

⁸⁶ Ejemplos de modelo. Anexo IV del Código Tipo de Farmaindustria.

⁸⁷ Fichero de Investigación Clínica (FIC): es el fichero del Centro Sanitario donde se lleva a cabo la investigación. Este fichero se compone de toda la documentación clínica del sujeto, así como de los datos generados con motivo del estudio. La finalidad con la que dichos datos son tratados es la gestión del estudio concebida de forma general. Cfr. Código Tipo de Farmaindustria, pág 11.

los datos disociados, no tendrá que implantar medidas de seguridad a dichos datos y no tendrá que atender solicitudes de ejercicio de derechos ARCO.

Sin embargo el centro hospitalario es el responsable del fichero de investigación clínica, y por tanto debe cumplir con todas las obligaciones que la LOPD impone al responsable del fichero, incluida la de notificar la creación del fichero ante la Agencia. El investigador principal en relación de dependencia con el centro sanitario, es el responsable de la realización práctica del mismo, tal y como se deduce del Real Decreto 223/2004, pero no puede ser considerado responsable del fichero dada la propia regulación sectorial.

Otra de los agentes intervinientes durante la realización de la investigación es la CRO, persona física o jurídica contratada por el promotor para realizar funciones o deberes del promotor en relación con el estudio. Es decir, el tratamiento de datos por parte de la CRO tiene como único fin la prestación de un servicio al responsable del fichero o del tratamiento, por lo que la CRO debería ser considerada una encargada del tratamiento. Por tanto, para legitimar el tratamiento de datos por parte de la CRO, sería imprescindible firmar un contrato de encargo de tratamiento en los términos establecidos en el artículo 12 de la LOPD, en el caso de que acceda a los datos contenidos en el Fichero de Investigación Clínica cuando ejerza labores de monitorización. En el caso de que sólo tenga acceso a datos disociados no estará sometida a la LOPD.

El monitor, es el profesional elegido por el promotor que se encarga del seguimiento directo de la realización del estudio, cuyo cometido principal es verificar la exactitud e integridad de la información remitida al promotor con respecto a los datos contenidos en la historia clínica. Por tanto, al igual que en el caso anterior accede a los datos por cuenta del responsable del tratamiento, es decir es un encargado del tratamiento.

En ambos casos, además de cumplir con las obligaciones recogidas en el régimen del encargo del tratamiento, el código de farmaindustria limita la actividad del monitor o de la CRO a la mera visualización de los datos sin que los pueda registrar ni recoger bajo ningún concepto. Como garantías adi-

cionales al procedimiento de disociación, el promotor se obliga a no despedir ni sancionar ni a rescindir el contrato con el monitor o con la CRO que se niegue a revelar los datos.

Además de lo expuesto, los promotores deben tomar las medidas oportunas para evitar el acceso a datos personales por motivos ajenos a su voluntad o por error humano. Entre los ejemplos que enumera el Código se encuentran el establecimiento de procedimientos normalizados de trabajo, la creación de instrucciones al sujeto participante sobre cómo contactar con el investigador para cualquier asunto relacionado con el estudio o de sistemas de filtrado de datos personales.

Si estas u otras medidas preventivas fallan, el promotor puede optar por: cancelar los datos identificativos del sujeto, crear un fichero específico de nivel alto en un ordenador separado del sistema o cumplir con los todos requisitos de la LOPD.

En las **investigaciones con datos personales** el promotor tiene acceso a dichos datos, bien por decisión propia, bien por causa ajena a su voluntad, pero dicho acceso se limitará a los datos estrictamente necesarios para el desarrollo del estudio, y que constarán única y exclusivamente en los Cuadernos de Recogida de Datos⁸⁸. El promotor, por tanto, decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de dichos cuadernos actuando como responsable del fichero de Cuadernos de Recogida de Datos⁸⁹. Y, como responsable del fichero, queda sujeto a todas las obligaciones establecidas en la LOPD, incluida la de declarar el fichero ante la Agencia. En este caso, el Código tipo establece que «es suficiente con declarar un único fichero que comprenderá de forma conceptual los datos de los sujetos participantes en todos los estudios del promotor»⁹⁰.

El centro, por su parte, sigue siendo responsable del Fichero de Investigación Clínica, del cual el promotor ostenta la condición de responsable del tratamiento, tal y como ocurría en las investigaciones clínicas con datos disociados. Es importante resaltar que, en este caso, estamos hablando de dos ficheros diferentes en contenido y finalidad, y que el flujo de datos se produce entre dos responsables, es decir, estamos ante un supuesto de **cesión o comunicación** de datos.

⁸⁸ Cuaderno de recogida de datos: es un documento impreso, óptico o electrónico diseñado para recoger y transmitir al promotor toda la información requerida en el protocolo para cada sujeto del estudio. Definición incluida en la página 6 del Código Tipo de Farmaindustria.

⁸⁹ Fichero de Cuaderno de Recogida de Datos (FCRD): es el fichero del promotor del ensayo. Este fichero se compone de toda la información requerida para la realización del estudio, de conformidad con lo dispuesto en el protocolo del mismo. La finalidad del tratamiento de los datos que constan en el FCRD consiste en evaluar los resultados del estudio y efectuar las conclusiones que procedan. Pág 11 del Código Tipo de Farmaindustria.

⁹⁰ Cfr. p. 41 del Código Tipo de Farmaindustria.

El artículo 7.3 de la LOPD establece como regla general para el tratamiento o cesión de datos de salud la necesidad de que exista un consentimiento expreso del afectado o que dicho tratamiento o cesión esté legitimado por una Ley por razones de interés general. Teniendo como únicas excepciones las contenidas en los artículos 7.6 y 8 de la LOPD, pero tal y como se ha indicado anteriormente⁹¹, éstas no aplican a las cesiones y aunque fuesen de aplicación éstas no incluyen la investigación médica, tal y como se deduce de la interpretación restrictiva que han hecho tanto el Grupo de trabajo del artículo 29 como la propia Agencia.

Por tanto, la cesión de estos datos, así como el tratamiento de los mismos por parte del promotor, sólo puede legitimarse con la obtención del consentimiento informado expreso del afectado, en los términos establecidos en los artículos 5, 6, 7, 11 de la LOPD⁹². Respecto al deber de informar al paciente, el Código de Farmaindustria de acuerdo con la legislación establece que se informará sobre la identidad y dirección del promotor como responsable de uno de los ficheros para el ejercicio de los derechos ARCO. Algunos autores consideran que incluir la dirección del promotor con este fin pone en peligro la confidencialidad sobre la identidad del paciente⁹³. Además desde un punto de vista práctico, la duplicidad de ficheros y de responsables puede confundir al afectado ocasionando indefensión en cuanto a la tutela de sus derechos. Por ello, consideramos que es más adecuado que el investigador principal sea el único referente del sujeto para el ejercicio de cualquiera de sus derechos relacionados con la protección de sus datos o con la actividad asistencial. Esta propuesta encaja perfectamente con lo dispuesto en las normas de Buena Práctica Clínica, con la tesis defendida por el comité permanente de médicos europeos que consideran la relación médico paciente como vía principal de información al mismo y con la posibilidad recogida en el artículo 35.3 RD 223/2004 de que el promotor delegue en el investigador su obligación de disponer de un punto de contacto donde los sujetos del ensayo puedan informarse sobre el mismo.

El consentimiento al tratamiento de los datos se incluirá en el documento de consentimiento a su participación en el estudio regulado en el artículo 7 del RD 223/2004 de ensayos clínicos. Dicho consentimiento será recogido por el investigador y guardado en la historia clínica del sujeto⁹⁴.

En definitiva, tanto promotor como el centro son considerados responsables y deben cumplir con las obligaciones que les impone la LOPD.

El resto de intervinientes, el monitor y la CRO, al igual que en los supuestos de investigación con datos disociados son encargados del tratamiento. El monitor será encargado del tratamiento en relación al fichero de investigación clínica, al igual que la CRO que desempeñe funciones de monitorización, mientras que será considerada encargada del tratamiento del fichero de cuadernos de recogida de datos en el caso de que realice labores distintas de la monitorización. Estas situaciones se deberán regular con los correspondientes contratos de encargo del tratamiento que deberán firmarse con el centro en el caso de que los datos procedan del fichero de Investigación Clínica, y con el promotor en el caso de que los datos se encuentren recogidos en el fichero de cuadernos de recogida de datos.

4.1.4. Flujos de datos en el Sistema de Vigilancia

Los fabricantes de productos sanitarios, sus representantes autorizados, importadores o distribuidores tienen la obligación de notificar a la Agencia Española del Medicamento y de Productos sanitarios sobre cualquier funcionamiento defectuoso o alteración de las características o de las prestaciones del producto que hayan o hubieran podido dar lugar a riesgos graves para el estado de salud del paciente. Así como cualquier razón de carácter técnico o sanitario relacionado con el producto que haya llevado al fabricante a realizar acciones sobre el producto como consecuencia de alguno de los motivos mencionados anteriormente⁹⁵. Esta obligación de notificar también se aplica a los profesionales sanitarios⁹⁶.

⁹¹ Supra Apdo. 2.2.

⁹² También en Apdo 2.2.

⁹³ Cfr. SÁNCHEZ CARO, J. en GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCCEL TEJJEIRO, N., *Protección de datos e investigación médica*, ed. Agencia Española de Protección de datos (Aranzadi, 2009), p. 91.

⁹⁴ Cfr. CPMP/ICH/135/95 Normas de Buena Práctica Clínica, que establece que quedarán en los archivos del centro el consentimiento informado firmado, los documentos originales de la Historia Clínica, la lista de código de identificación de los sujetos y el registro de inclusión de sujetos.

⁹⁵ Art. 32.1 del RD 1591/2009 y art. 28.1 del RD 1616/2009.

⁹⁶ Art. 32.2 del RD 1591/2009 y art. 28.2 del RD 1616/2009.

Por tanto, podemos entender que, en relación con la definición de Farmacovigilancia del art. 53.1 de la Ley 29/2006, el sistema de vigilancia de los productos sanitarios es la actividad de salud pública dirigida a identificar, cuantificar, evaluar y prevenir los riesgos del uso de los productos sanitarios una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los mismos. El objetivo principal de esta actividad es mejorar la protección de la salud y seguridad de los pacientes y usuarios, para lo que es necesario evaluar los incidentes notificados, y siempre que sea preciso, difundir la información que permita prevenir estos incidentes.

Las fuentes de recogida de estos datos son diversas: el profesional sanitario, el propio paciente, familiares o allegados del éste, los comerciales de la empresa, etc. Y los medios habituales de información son por teléfono, correo electrónico, o postal, o por fax. En este apartado sólo nos vamos a ocupar de las notificaciones realizadas por los profesionales sanitarios, el resto de situaciones se estudiarán más adelante⁹⁷.

En principio los datos recogidos en estas notificaciones son datos disociados, ya para la evaluación del caso y para el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia los datos identificativos del paciente no son necesarios.

El código de Farmaindustria entiende que toda notificación de reacciones adversas realizada por profesionales sanitarios debe contener datos disociados⁹⁸, de manera que este flujo de información no quedaría sometido a las obligaciones establecidas en la LOPD.

Al igual que en el caso de los estudios clínicos, establece un procedimiento de disociación cuya aplicación se delega conjuntamente en el profesional sanitario y en el personal de la empresa encargado de recibir las notificaciones. Reforzado por la firma de acuerdos de confidencialidad y de absoluta independencia en la actuación de los responsables de dicha disociación, además del compromiso del laboratorio de no despedir, ni sancionar al personal del mismo por negarse a infringir alguno de los principios mencionados anteriormente.

Este proceso de disociación se basa en las siguientes premisas: en primer lugar, el laboratorio no participará directamente en la recogida de datos ni

accederá a la documentación clínica; en segundo lugar, el laboratorio formará al profesional sanitario para que no incluya ningún dato identificativo del paciente (en concreto información numérica, alfabética, gráfica...) y le pedirá que antes de enviar cualquier notificación se asegure de que ésta no incluye ningún tipo de dato que permita identificar al sujeto. Y en tercer lugar, establece un protocolo interno de actuación dirigido al personal del departamento de farmacovigilancia para que en el caso de que la notificación contenga algún dato identificativo, éste sea eliminado inmediatamente de manera que no quede registrado en ninguno de los ficheros del laboratorio, de modo que al no incluirse en ningún fichero quedarían fuera del ámbito de aplicación de la LOPD⁹⁹.

Además, este proceso de disociación se cierra con una serie de medidas preventivas dirigidas a evitar la identificación del sujeto por errores humanos o por acontecimientos ajenos a la voluntad del laboratorio. Entre ellas destaca la gestión de notificaciones única y exclusivamente por un departamento altamente cualificado y formado en el tratamiento de datos personales y con procedimientos normalizados de trabajo y sistemas de filtrado de datos. Y si todo esto falla, todavía puede recurrir a la cancelación de los datos antes de aplicar las medidas y obligaciones de la LOPD.

En un primer análisis, esta solución planteada por la Industria farmacéutica podría aplicarse a los productos sanitarios. Pero en el caso de los productos sanitarios, se plantea la duda de si la inclusión de determinados datos en la notificación, como el número de serie del dispositivo, pueden ser considerados datos personales o incluso datos de salud.

Uno de los datos necesarios para llevar a cabo una adecuada vigilancia de los acontecimientos adversos en productos sanitarios es el modelo y número de serie del mismo. Este número de serie se incluye en la Historia Clínica del paciente con el fin de que el centro sanitario pueda identificarlo en el caso de tener que llevar a cabo acciones correctivas dirigidas a evitar el acontecimiento adverso identificado, garantizándose así la obligación de trazabilidad hasta el paciente impuesta por los reales decretos de productos sanitarios¹⁰⁰. Como ya se ha señalado, anteriormente tanto la Agencia Española de Protección de Datos como el grupo

⁹⁷ Infra. Apdo. 4.3.

⁹⁸ Cfr., pp. 64-73 y pág 75 del Código tipo de Farmaindustria.

⁹⁹ Art. 2.1 de la LOPD: «La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado».

¹⁰⁰ Art. 33 del RD 1591/2009 y art. 29 del RD 1616/2009.

de trabajo del artículo 29, entienden que cualquier dato incluido en la Historia clínica del paciente es un dato sensible. En consecuencia, si el número de serie del dispositivo puede ser un dato de salud, éste sólo podrá ser tratado o cedido cuando el afectado consienta expresamente o cuando así lo disponga una ley por razones de interés general. Las únicas excepciones a este principio se encuentran en los artículos 7.6 y 8 de la LOPD, pero estas excepciones no aplican a las cesiones. Además respecto al tratamiento, según la interpretación restrictiva que del Grupo de trabajo del artículo 29, actividades relacionadas con áreas de la salud pública (como es la vigilancia) quedan fuera del alcance de aplicación de dichas excepciones. Por otro lado, dentro de la normativa sanitaria tampoco existe ninguna ley que habilite al tratamiento de estos datos, como ocurre con el sector farmacéutico¹⁰¹. Así, aunque la Ley 29/2006 incluye dentro de su ámbito de aplicación a los productos sanitarios, no regula específicamente el sistema de vigilancia, cuyo desarrollo queda en manos de la potestad reglamentaria del Gobierno. Por tanto, el tratamiento o cesión de este dato sólo sería posible con el consentimiento expreso del afectado.

Sin embargo, dado que el número de serie del dispositivo identifica al mismo, pero respecto del paciente es un número aleatorio que no tiene relación con ninguno de sus datos identificativos, y que sólo el centro y el profesional sanitario conocen a quien corresponde este número de serie, ¿sería posible considerar que el dato está disociado para la empresa y por tanto no serle de aplicación la obligaciones contenidas en la LOPD como responsable del fichero? Es decir, ¿podríamos entender, como se ha aceptado para las investigaciones clínicas¹⁰², que la existencia de un código consecutivo o aleatorio no basado en rasgos identificativos del paciente junto con otro tipo de medidas tendentes a garantizar la no identificación del sujeto forman un procedimiento de disociación adecuado conforme a lo establecido por la LOPD?

El mismo problema se plantea con las tarjetas de implantación. Reglamentariamente se ha estipulado que, para garantizar la trazabilidad, determinados productos sanitarios implantables deben ir acompañados de una tarjeta de implantación, que deberá ser

cumplimentada por el hospital tras el implante¹⁰³. En dicha tarjeta se incluirán los siguientes datos: el nombre y modelo del producto, el lote o número de serie, el nombre y dirección de fabricante, el nombre del centro sanitario y la fecha del implante, así como la identificación del paciente (con su DNI o con el número del pasaporte). Un ejemplar de la tarjeta será guardada en la Historia clínica del paciente, otra se facilitará al paciente y la tercera será remitida a la empresa suministradora, que enviará una copia al registro nacional de implantes.

Las críticas de la industria a estos preceptos han sido muchas. Principalmente porque hasta ahora la trazabilidad que se exigía terminaba en el centro al que se le había facturado el producto, y era el centro el que se encargaba de la trazabilidad hasta el paciente, garantizándose la intimidad del mismo y evitándose el tratamiento innecesario de datos de salud, ya que no la industria no venía obligada a quedarse con un ejemplar de la tarjeta de implantación¹⁰⁴. Pero a partir de la entrada en vigor de estos reales decretos la industria está obligada, a guardar el tercer ejemplar de la tarjeta sanitaria, o lo es lo mismo, a tratar datos de salud sin que en principio ninguna ley le habilite para ello, ya que ni las excepciones de la LOPD aplican, ni ninguna ley del sector sanitario ha previsto este supuesto. Por lo que la única manera de legitimar el tratamiento, salvo que la Agencia flexibilice su criterio en los términos expuestos anteriormente para el sistema de vigilancia, es la obtención del consentimiento del afectado. Y ello, con todas las dificultades prácticas que esto supone: se incluye en el consentimiento de la asistencia sanitaria, se delega en el centro la obtención del mismo, quien guarda el consentimiento, cómo garantizamos la recogida del mismo, etc.

4.2. Flujo de datos entre el centro asistencial privado, la industria y la aseguradora

La aseguradora exige a la industria que incluya determinados datos en sus facturas a los únicos efectos de control de la facturación y de pagos. Datos, que por norma general son proporcionados por el centro asistencial privado a la hora del hacer el pedido del material o posteriormente a petición de la empresa.

¹⁰¹ Según el se recoge en el expediente CT/003/2008 de resolución de inscripción del código tipo, el art. 53.3 de la Ley 29/2006 y el art. 104.1 de la Directiva 2001/83/CE otorgan a los laboratorios la legitimación suficiente para tratar datos personales de salud con fines de farmacovigilancia, así como la comunicación de dichos datos a las autoridades sanitarias.

¹⁰² Supra. Apartado 3.1.3.

¹⁰³ Art. 33 del RD 1591/2009 y art. 29 del RD 1616/2009.

Por tanto, en estos supuestos el flujo de información es doble: por una parte desde los centros sanitarios a la industria y por otra desde la industria a la aseguradora.

Estos flujos de información se excluirían de la aplicación de la LOPD en los casos en los que el dato que se exija poner en las facturas no pueda asociarse ni remotamente con la identidad del paciente. Pero en las situaciones en que dicho dato fuese el número del DNI del paciente, el número de la póliza, las iniciales del sujeto o cualquier otro dato identificativo del sujeto, dichos flujos de datos deberían someterse, al incluir datos de salud de los afectados, a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la LOPD, es decir, que el afectado consienta expresamente, o que una ley por razones de interés general disponga que dichos datos pueden ser recabados, tratados o cedidos.

Antes de analizar cada uno de estos supuestos es necesario conocer qué tipo de relación, en términos de protección de datos, se establece entre la aseguradora y el centro asistencial privado, ya que ésta determina el papel de la industria.

La Agencia Española de Protección de Datos en sus informes 359/2002 y 449/2004 estudió el régimen aplicable a la transmisión de datos de salud por parte de los centros sanitarios privados y de los profesionales de la medicina a las aseguradoras en el marco de un seguro de asistencia sanitaria. En primer lugar, la Agencia entiende que esta transmisión de datos, motivada por la repercusión del gasto sanitario o por el examen médico derivado del cuestionario de salud, es una cesión o comunicación de datos de carácter personal. Debido a que la Ley 41/2004¹⁰⁵ atribuye al centro sanitario y al profesional sanitario, que ejerce su profesión de manera liberal, una serie de obligaciones respecto del trata-

miento de los datos que excede las posibles instrucciones de la aseguradora, lo que determina la imposible aplicación del artículo 12 y la imposibilidad de considerar que el centro sanitario sea un mero encargado del tratamiento. En segundo lugar, establece que al tratarse de una cesión o comunicación de datos relacionados con la salud de las personas, será aplicable el artículo 7.3 de la LOPD. Respecto de los controles adicionales para garantizar la veracidad de lo señalado por el solicitante en el cuestionario de salud, la Agencia entiende que los artículos 10.1 y 11 de la Ley del seguro¹⁰⁶ habilitan el tratamiento de los datos por parte de la aseguradora sin necesidad de que el afectado preste su consentimiento, pero no legitima la exigencia, por parte de la aseguradora, de realizar exámenes de salud al afectado ni la posterior comunicación a la aseguradora de los resultados de dichos exámenes. Por tanto, será preciso el consentimiento expreso del asegurado. En cuanto a la comunicación de los datos de salud necesarios para que la aseguradora abone al centro los gastos sanitarios efectuados. La Agencia ha manifestado que, aunque la Ley reguladora del contrato del seguro impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de la asistencia sanitaria lo que exigiría conocer cuál será éste¹⁰⁷, dado que la asistencia se presta generalmente por terceros, y por tanto se podría deducir la necesidad de comunicación de estos datos, y la aplicación del artículo 11.2,c) de la LOPD, el cual habilita la cesión de los datos sin contar con el consentimiento del afectado «cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros». Esta excepción no es aplicable a la cesión de datos de salud, dado que éstos

¹⁰⁴ Los Reales Decretos de productos sanitarios derogados el 21 de marzo de 2010 (RD 634/1993 y RD 414/1996) permitían a la industria la posibilidad de remitir el tercer ejemplar de la tarjeta de implantación al registro evitando así la problemática respecto del tratamiento de datos personales.

¹⁰⁵ Arts 14.2 y art. 17.2 de la Ley 41/2002 entre otros.

¹⁰⁶ Artículo 10.1 de la Ley 50/1980: «El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él». Artículo 11, de la misma ley: «El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas».

¹⁰⁷ Dicha obligación se encuentra regulada en los siguientes artículos de la Ley reguladora del Contrato de Seguro: Artículo 105 «cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica», Artículo 106 «los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros» y artículo 103, «los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato».

gozan de un régimen especial de protección recogido en el artículo 7.3, por lo que esta cesión sólo estará legitimada por el consentimiento expreso del afectado. Dicho consentimiento expreso deberá ser previo a la transmisión y constará en la póliza o en sus sucesivas prórrogas. También se cumplirá con el deber de información en los términos establecidos en el artículo 5 de la LOPD, no sólo en el momento de recabar el consentimiento, sino que también en cada acto médico debería informarse al afectado de la comunicación posterior por parte del centro a la aseguradora. Por último, la Agencia recuerda que dicha comunicación debe respetar el principio de proporcionalidad del artículo 4.1 de la LOPD, lo que implica que no podrán ser comunicados, ni solicitados por la aseguradora, más datos que los que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos para determinar el importe de la asistencia sanitaria.

Una vez esclarecido que tanto la aseguradora como el centro sanitario privado son responsables del fichero y del tratamiento respecto de los datos del afectado, es necesario analizar si la empresa suministradora del producto sanitario¹⁰⁸ es también responsable o simplemente presta un servicio en nombre y por cuenta de alguno de los responsables, es decir, es un encargado del tratamiento.

La Agencia Española de Protección de Datos¹⁰⁹ ha establecido que si la empresa no tiene relación alguna con los pacientes, es decir responde a un pedido realizado por el centro sanitario y las facturas no implican una relación personal con el paciente, nos encontramos en un supuesto de encargo del tratamiento, que debería formalizarse de acuerdo con los términos previstos en el artículo 12 de la LOPD y en los artículos 20 a 22 del Reglamento de la LOPD, analizados en el apartado 3.2 de este trabajo. Sin embargo, si la empresa decide sobre el objeto y finalidad del tratamiento y puede aplicar los datos a sus propias finalidades, estableciéndose así un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado, ésta será un responsable del fichero o del tratamiento, y por tanto estaríamos ante una cesión de datos de salud que requeriría el

consentimiento expreso del afectado o una habilitación legal.

En el supuesto que estamos analizando, la empresa accede a los datos como consecuencia de los servicios que presta a ambos responsables. Es decir, respecto del centro privado el tratamiento de datos se realiza con el único fin de proveerle del producto que ha solicitado, es el centro quien decide a qué tipo de datos puede acceder la empresa, así como el uso que debe darlos. En cuanto a la aseguradora, la empresa le factura el producto solicitado y utilizado por el centro sanitario durante la asistencia médica del asegurado con el fin de que la aseguradora pueda hacer frente a las obligaciones que le impone la ley del seguro —arts. 105 y 103—. En este caso, también es la aseguradora quien determina la finalidad, el contenido y uso de los datos. Por tanto, la empresa se convierte en encargado del tratamiento y debería firmar un contrato de encargo de tratamiento, por un lado, con el centro sanitario y, por otro, con la aseguradora.

La duda se plantea en los casos en que el producto suministrado deba ir acompañado de una tarjeta de implantación¹¹⁰ que, como hemos explicado antes, incluye la identificación del paciente mediante su DNI o número de pasaporte, y que debe ser guardada por la empresa suministradora. Entendemos que si el dato de control que solicita tanto la aseguradora como el centro sanitario no se corresponde con el dato que debe aparecer en la tarjeta de implantación, la empresa seguirá ostentando la figura de encargado del tratamiento tal y como hemos expuesto en el párrafo anterior. Pero en el caso de que el dato de control sea el DNI del afectado o su número de pasaporte, la empresa será también responsable a efectos de la LOPD, ya que destinará dicho dato a un fin propio, la trazabilidad del producto hasta el paciente, estableciendo así un nuevo vínculo con el afectado, y por tanto estaríamos ante una cesión de datos. En este supuesto, en atención a la argumentación analizada en este mismo apartado para las cesiones entre aseguradoras y centros sanitarios privados y la expuesta en el apartado 4.1.4

¹⁰⁸ El Real Decreto 1591/2009 define en su artículo 2.1 a) producto sanitario como «cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material y otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1.º diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad, 2.º diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia, 3.º investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico, 4.º regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios».

¹⁰⁹ Informe 625/2009 «Protésicos, ¿encargados o responsables?», Informe 363/2008 «Póliza de seguro de vida. Cesión de datos».

¹¹⁰ Estos productos son los siguientes: Implantes cardíacos e implantes vasculares del sistema circulatorio central, implantes del sistema nervioso central, implantes de columna vertebral, prótesis de cadera, rodilla, mamas, lentes intraoculares y productos sanitarios implantables activos (art. 33 del RD 1591/2009 y 29 del RD 1616/2009).

sobre las tarjetas de implantes, el consentimiento expreso del afectado sería la única vía para legitimar ambas cesiones. Por lo que, tanto la aseguradora en la suscripción de la póliza o en sus sucesivas prórrogas, como el centro sanitario en cada acto médico debería pedir el consentimiento expreso del paciente para poder proceder con la comunicación de los datos. Todo esto entendido en el caso de que dicho dato no pueda ser considerado disociado para la empresa, ya que para poder llegar a identificar al paciente debería infringirse el deber de secreto impuesto a los médicos, o el deber de secreto y confidencialidad recogido en el contrato de la póliza del seguro.

4.3. Flujo de datos entre el paciente y la industria

Este flujo de información se produce entre el propio paciente y la industria, es decir, entre el afectado o interesado titular de los datos objeto de tratamiento y el responsable del fichero o del tratamiento de dichos datos. Por tanto, no existe, en un primer momento, ningún tercero ajeno a la relación directa entre paciente e industria, por lo que no podemos calificar dichas situaciones ni como cesión de datos, ni como encargo del tratamiento.

Estos supuestos, cada vez más numerosos, se producen principalmente por iniciativa del propio interesado o del algún allegado o familiar. Los motivos suelen ser: pedir información sobre un producto, comprar algún producto, consultas de carácter técnico sobre el producto, notificar algún defecto o malfuncionamiento del producto, reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el malfuncionamiento del producto etc... Las vías por las que se produce la transmisión de los datos puede ser telefónica, por correo electrónico o postal, por fax o a través de aplicaciones de la página web de la empresa. Y en ellas se suelen incluir datos identificativos del paciente relacionados con sus salud: nombre y apellidos, dirección, enfermedad o problemas de salud que padece, producto sanitario que necesita, etc.

La empresa, como responsable del fichero o del tratamiento de datos, debe cumplir con las obligaciones impuestas por la LOPD, y más concretamente con el régimen de especial protección del que son

objeto los datos de salud. Deberá, por tanto, notificar el fichero o ficheros que contengan datos personales al Registro General de Protección de Datos, obtener el consentimiento informado expreso del afectado, adoptar la medidas de seguridad de nivel alto previstas en el Reglamento de la LOPD, posibilitar el ejercicio de los Derechos ARCO, regularizar conforme a la normativa de protección de datos personales todas las cesiones, encargos de tratamiento o transferencias internacionales que se puedan producir mientras persista el tratamiento de los datos. Además de establecer otra serie de medidas y protocolo internos para cumplir con la LOPD: regular las prestaciones de servicios sin acceso a datos conforme al artículo 83 del Reglamento¹¹¹, incluir cláusulas de confidencialidad en los contratos de los trabajadores, y en especial en aquellos que traten datos personales, etc.

En cuanto al consentimiento, como ya se ha explicado anteriormente, éste debe ser expreso dado que los datos objeto de tratamiento son datos de salud especialmente protegidos. Dicho consentimiento deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art. 3 h) de la LOPD¹¹². También se deberá cumplir con el deber de información del artículo 5 y en especial se deberá informar al afectado sobre las posibles cesiones, encargos o transferencias internacionales de las que pueden ser objeto los datos tratados, de manera que el afectado pueda consentir expresamente tanto las cesiones como las transferencias.

En el caso de que los datos sean recabados de un tercero que sea el representante legal del interesado, se procederá como si los datos se recabaran directamente del mismo. Pero en el caso de que el tercero no ostente la representación legal del afectado, lo ideal es que no se tomen datos del afectado y se intente obtener el consentimiento del afectado antes de recabarlos. En el caso de que los datos no puedan ser obtenidos del afectado, el responsable deberá informar de manera expresa al afectado en un plazo de tres meses desde el registro de los datos —art. 5.4 de la LOPD— y deberá obtener su consentimiento para el tratamiento de los datos tan pronto como le sea posible. En los casos en que el tratamiento sea necesario para salvaguardar un interés vital del afectado y éste estuviera física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento, se aplicará la excepción al consentimiento recogido en el art. 7.6 de la

¹¹¹ Estas cláusulas incluirán expresamente la prohibición de acceder ad dichos datos por personal externo y la obligación de secreto respecto de los datos a los que el personal externo pudiera acceder con motivo de la prestación de servicios.

¹¹² Es decir, debe ser una manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada. Supra apartado. 2.2.

LOPD, pero es difícil que este supuesto se dé en las situaciones que estamos analizando.

En conclusión, la empresa deberá articular los mecanismos necesarios, en atención a la forma en que se recaban los datos, para cumplir con los requisitos legales recogidos en los artículos 5, 6 y 7 de la LOPD, en el momento de la obtención de los datos del paciente. Por ejemplo, en el caso de que estos se obtengan por teléfono se articularán grabaciones de voz con cláusulas informativas y se exigirá al afectado que pulse una tecla o que confirme de viva voz que consiente el tratamiento de los datos, debiéndose guardar dicha grabación o protocolo en el caso de que se pulse una tecla como prueba de la obtención del consentimiento. Estas cláusulas también se podrían incluir en los formularios de petición de productos o en el contrato de suministro del dispositivo.

Por último, mencionar que la normativa de productos sanitarios prohíbe a las empresas fabricantes o distribuidoras de dichos productos la publicidad directa e indirecta dirigida al público en caso de que el producto sanitario esté financiado por la Seguridad social y en ningún caso cuando éstos sean productos implantables activos¹¹³. Para estos últimos también se prohíbe la venta directa al público, de modo que sólo se pueden vender profesionales o centros sanitarios¹¹⁴. Por lo que en estos supuestos, cuando el paciente se dirija a la empresa para pedir información o para comprar un producto, aparte de cumplir con la normativa de protección de datos, informará al paciente de que, de acuerdo con la normativa de productos sanitarios, debe dirigir esta petición a su médico. La empresa también podría optar por una posición más proactiva al proporcionar al paciente datos de contacto del profesional médico, sólo nombre y dirección del centro sanitario donde trabaja, o podría pedir al paciente que le proporcionase los datos de contacto del profesional para ponerse en contacto con él para satisfacer las peticiones del paciente. En estos casos no se necesitaría el consentimiento del profesional sanitario al tratarse de datos recogidos de fuentes accesibles al público —arts. 3.j) y 6.2 de la LOPD—.

4.4. Flujo de datos entre empresas del grupo o con terceras empresas

A día de hoy, las organizaciones empresariales son cada vez más complejas, y están compuestas por un entramado de sociedades que mantienen distintas relaciones de dependencia entre sí, de manera que se puedan adaptar más fácilmente a los cambios que se produzcan en el sector donde trabajan, con el fin de ser más eficientes y productivos.

Es muy común que, dentro de las grandes multinacionales, las empresas del grupo compartan recursos o que entre ellas se presten servicios o que recurran a terceras empresas para la prestación de dichos servicios. Y en este marco se producen los flujos de información que vamos a analizar.

Como cuestión previa, es preciso indicar que es criterio uniforme de la Agencia entender que las empresas de un mismo grupo son personas jurídicas distintas e independientes a todos los efectos jurídicos¹¹⁵. Por tanto, el flujo de información se produce entre dos personas distintas. Es decir, que a efectos del análisis de estas situaciones en materia de protección de datos las empresas del grupo se pueden equiparar a terceras empresas.

4.4.1. Flujos de datos con origen en el responsable del fichero o del tratamiento

Puede ocurrir que, por un lado, la información contenga datos disociados, con lo que no le sería de aplicación lo dispuesto en el LOPD; y por otro, que incluya datos personales relativos a la salud de las personas. En este caso el flujo de información quedaría sometido a la LOPD, pudiendo constituir bien una cesión o comunicación de datos, bien un encargado de tratamiento.

Para delimitar ante qué supuesto nos encontramos, será preciso atender a las circunstancias de cada caso. De manera que si el tercero que recibe los datos puede aplicarlos a sus propias finalidades, decidiendo so-

¹¹³ El artículo 2.1 c) del Real Decreto 1616/2009 define producto sanitario implantable activo como «cualquier producto sanitario activo destinado a ser introducido total o parcialmente, mediante intervención quirúrgica o médica, en el cuerpo humano, o mediante intervención médica, en un orificio natural, y destinado a permanecer después de dicha intervención». Por producto sanitario activo se entiende «cualquier producto sanitario que dependa de la electricidad o de cualquier otra fuente de energía distinta de la generada directamente por el cuerpo humano o por la gravedad, para funcionar adecuadamente», artículo 2.1 b).

¹¹⁴ Art. 23.6 y 34.2 del Real Decreto 1616/2009 y art. 38 del Real Decreto 1591/2009.

¹¹⁵ Cfr. Informe de la AEPD 494/2008 «Grupo de empresas. Necesidad de contrato de encargo del tratamiento con la central». Este criterio ha sido ratificado por la Sentencia del la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de octubre de 2000. Fundamento jurídico cuarto, que se recoge en el informe de la agencia.

bre el contenido y uso de los mismos, estaremos ante una cesión regulada en el artículo 11 de la LOPD. Mientras que si la entidad receptora se limita a tratar los datos según las instrucciones del responsable sin decidir sobre su finalidad, contenido y uso, restituyéndolos al responsable una vez concluida la prestación, nos encontraremos ante un encargo del tratamiento recogido en el artículo 12 de la LOPD.

Como hemos venido repitiendo a lo largo de este trabajo, cuando nos encontremos ante un supuesto de encargo de tratamiento no será necesario el consentimiento del afectado. En cambio, la cesión requiere del consentimiento expreso del afectado o de una Ley que la habilite. La LOPD permite la cesión de datos de salud sin el consentimiento del afectado cuando sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder al fichero o para realizar estudios epidemiológicos en los términos que establece la legislación sobre sanidad estatal o autonómica —art. 11.2,f) de la LOPD—. Tampoco será necesario el consentimiento en las comunicaciones realizadas a las autoridades sanitarias nacionales o internacionales en virtud de la normativa sanitaria¹¹⁶. Fuera de estos supuestos se exigirá el consentimiento libre, específico, inequívoco, expreso e informado del interesado. Para que el consentimiento a la cesión sea correcto es preciso identificar claramente las finalidades de los datos cedidos, así como una referencia clara y específica de quién es la tercera cesionaria de los datos. También se requerirá el consentimiento cuando la cesión responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dichos datos con ficheros de terceros, ya que como se ha indicado anteriormente¹¹⁷, la excepción al consentimiento recogida en el artículo 11.2, c) de la LOPD no es aplicable a los datos de salud.

4.4.2. *Flujos de datos con origen en el encargado del tratamiento*

En este contexto, la tercera empresa que reciba los datos del encargado del tratamiento no podrá tener, en ningún caso, la consideración de responsable del

fichero, ya que en el caso de que la empresa interviniente actuase en nombre propio estaríamos ante una cesión o comunicación de datos. Por tanto, ambas empresas deben ser encargadas del tratamiento¹¹⁸.

Nos encontraríamos ante un supuesto de subcontratación por un encargado del tratamiento. Esta transmisión de datos a un tercer subcontratista sería posible en el caso de que el responsable conociera específicamente esta circunstancia, bien porque participe directamente en el contrato con ese tercero, bien porque se cumpla lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de la LOPD. Es decir, que el responsable apodere al encargado para dicha subcontratación o que se cumplan los siguientes requisitos: que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser subcontratados, así como la empresa, si esto no fuese posible el encargado deberá comunicar al responsable cualquiera de los dos extremos antes de proceder a la subcontratación; que el tratamiento del tercero se ajuste a las instrucciones del responsable y que exista un contrato de acuerdo con el artículo 12 de la LOPD entre el encargado y el subcontratista.

En el caso de que el encargado destine los datos a otra finalidad o los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato de encargo será considerado responsable, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido —art. 12.4 de la LOPD—. Si el encargado comunica los datos, es decir si hay una cesión de datos será de aplicación lo establecido en el apartado anterior. No obstante, el encargado no incurrirá en responsabilidad alguna cuando previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero, encargado también, designado por aquél —art. 20.3 del Reglamento—.

4.5. *Las transferencias internacionales*¹¹⁹

Debemos entender como movimiento internacional de datos el tratamiento que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo (EEE)¹²⁰, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta

¹¹⁶ Como por ejemplo de materia de ensayos clínicos, y de vigilancia.

¹¹⁷ Supra. Apartado 3.1.

¹¹⁸ Informe 513/2004 de la AEPD «Subcontratación por un encargado del tratamiento».

¹¹⁹ Las transferencias internacionales se regulan en los artículos 33 y 34 de la LOPD y Título VI del Reglamento de la LOPD. Y transponen los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE.

¹²⁰ El Espacio Económico Europeo (EEE) está formado por los países de la Unión Europea (UE) y los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), excepto Suiza. Es decir, los 27 países miembros de la UE, más Islandia, Liechtenstein y Noruega.

del Responsable del fichero establecido en territorio español —art. 5.1,c) del Reglamento de la LOPD. De manera que, el flujo de información que se produzca en el seno del EEE será un movimiento internacional de datos pero no supondrá una transferencia internacional de datos a los efectos de los artículos 33 y 34 de la LOPD.

La normativa de protección de datos establece como requisito previo a todas las transferencias internacionales de datos la aplicación de las disposiciones de la LOPD y del Reglamento —art. 65 del Reglamento—. Es decir, que la transferencia internacional de datos no exime del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa, que debe observarse antes, durante y después de la realización de la transferencia.

Como norma general, la LOPD prohíbe las transferencias temporales y definitivas de datos de carácter personal con destino a países que no proporcionen un nivel de protección adecuado equiparable al que se presta en la LOPD, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en la misma, se obtenga una autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas —art. 33.1 de la LOPD—. En otras palabras, las transferencias internacionales pueden llevarse a cabo con una autorización previa del Director de la Agencia o sin dicha autorización cuando el tercer país ofrezca un nivel adecuado de protección o cuando se den los supuestos de excepción recogidos en el artículo 34 de la LOPD¹²¹.

Se consideran Estados que proporcionan un **nivel de protección adecuado** aquéllos respecto de los cuales la Comisión Europea, a través de sus decisiones¹²², o la Agencia Española de Protección de Datos por medio de sus resoluciones publicadas en el BOE¹²³, hayan declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará atendiendo a

todas las circunstancias concretas que concurran en la transferencia o categoría de transferencias de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, y de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países —art. 33.2 de la LOPD¹²⁴—. En definitiva, se evaluará no sólo la legislación material del país de destino, que deberá incluir una serie de principios, derechos y obligaciones similares a los de la legislación europea, sino que también se estudiarán las potestades ejecutivas, es decir los medios para asegurar su aplicación eficaz¹²⁵.

La Comisión Europea, haciendo uso de la potestad que le concede el artículo 25.2 de la Directiva 95/46/CE, ha declarado que se consideran países con nivel adecuado de protección¹²⁶: Suiza, Argentina, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Canadá y las entidades estadounidenses adheridas a los principios de puerto seguro¹²⁷. En el caso de que la transferencia internacional tenga como destino un país de nivel adecuado únicamente será necesario que se comunique al Registro de Protección de Datos.

Hay que tener en cuenta que estas declaraciones, tanto de la Comisión como de la AEPD, no son absolutas y que la legislación permite la suspensión o revocación de una determinada transferencia cuando se produzca una cesación de las condiciones que justificaban el nivel adecuado del sistema, bien porque la autoridad competente del tercer país resuelva que el importador¹²⁸ ha vulnerado las normas de protección de datos establecidas en su derecho interno, o bien, porque existan riesgos de vulneración —art. 69 del Reglamento de la LOPD—.

Existen también una serie de **supuestos especiales** recogidos en el artículo 34 de la LOPD¹²⁹ que permiten las transferencias internacionales sin la previa autorización del Director de la Agencia, de

¹²¹ Art. 66.2, a) y 66.2,b) del Reglamento de la LOPD.

¹²² Art. 68 del Reglamento de la LOPD.

¹²³ Art. 67 del Reglamento de la LOPD

¹²⁴ Transposición del artículo 25.2 de la Directiva 95/46/CE.

¹²⁵ El listado de criterios a tener en cuenta a la hora de evaluar si un país tiene un nivel adecuado de protección, así como el alcance de los mismos ha sido estudiado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Documento WP12.

¹²⁶ Decisión 2000/518/CE, de 26 de julio, Decisión 2003/490/CE, de 30 de junio, Decisión 2003/821/CE, de 21 de noviembre, Decisión 2004/411/CE, de 28 de abril, Decisión 2002/2/CE, de 20 de diciembre de 2001 y Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio.

¹²⁷ La lista de entidades adheridas a los principios de «Puerto Seguro» está disponible en www.export.gov/safeharbor. El régimen del «Puerto Seguro» ha sido estudiado por el Grupo de trabajo 29 en varios documentos: WP 15, WP 21, WP 23, WP 27, WP 31 y WP 32.

¹²⁸ El importador de datos es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo receptor de los datos en un tercer país, ya sea responsable del tratamiento, encargado del tratamiento o tercero —art.5.1,j) del Reglamento de la LOPD—.

¹²⁹ Este precepto transpone el artículo 26.1 de la Directiva 95/46/CE.

los que sólo vamos a mencionar los más relevantes para el ámbito de este trabajo: cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios (como, por ejemplo, algunos supuestos de la telemedicina); cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista¹³⁰. Además del recogido en el artículo 26.1 de la Directiva: cuando la transferencia sea necesaria para la salvaguardia del interés vital del interesado.

Estas excepciones, como derogaciones del régimen general aplicable a las transferencias internacionales, deben interpretarse de manera restrictiva, y sólo en aquellos casos en los que sea estrictamente necesario, tal y como han indicado tanto la Agencia Española de Protección de Datos como el grupo de trabajo del artículo 29¹³¹.

En los supuestos en los que sea necesaria la **autorización del Director de la Agencia**, ésta podrá ser otorgada en el caso de que el exportador¹³² aporte las garantías adecuadas en materia de protección de datos. A tal efecto se considerará que establecen dichas garantías los contratos que se celebren entre el transmitente y el destinatario conforme a la normativa comunitaria o española, y en el caso de que la transferencia internacional se produzca en el seno de grupos multinacionales cuando hubiesen adoptado normas o reglas internas vinculantes a todas las empresas del grupo («Binding Corporate Rules») —art. 70 del Reglamento de la LOPD—.

En la autorización basada en las **cláusulas contractuales**, hay que tener en cuenta que la Comisión Europea ha dictado varias decisiones sobre el contenido y forma de dichas cláusulas¹³³.

Estas cláusulas tipo son sólo una de las diversas posibilidades que ofrece la directiva para legitimar las transferencias internacionales de datos, por lo que las parte tienen plena libertad para optar por cualquiera de los conjuntos de cláusulas tipo, pero no pueden combinar ambos conjuntos.

Así, la normativa comunitaria establece el contenido básico de estas cláusulas, entre las que destacamos las siguientes. En primer lugar, se deberá identificar a las partes, la finalidad que justifica la transferencia y el tipo de datos que son objeto de la misma. En segundo lugar, se incluirán cláusulas de tercero beneficiario a favor del afectado titular de los datos objeto de transferencia, de manera que tenga la posibilidad de exigir el cumplimiento de algunas cláusulas contractuales. También se impondrán restricciones a transferencias posteriores, salvo aplicación de las excepciones generales. En cuanto al régimen de responsabilidad, para las cesiones la decisión 2001/497/CE de la Comisión establece la responsabilidad solidaria entre las partes, y como alternativa al mismo, la decisión 2001/915/CE propone un sistema de responsabilidad basado en la obligación de diligencia debida, «culpa in eligendo» o «in vigilando», en virtud del cual el exportador y el importador de datos responderán ante los interesados por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales respectivas. Sin embargo, para las situaciones de encargo del tratamiento, la Comisión establece un régimen de responsabilidad directa del exportador y subsidiaria del encargado. La ley aplicable a las transferencias será la ley del país exportador, y en las cláusulas se recogerán los principios básicos aplicables a la protección de datos. Y por último, se concretarán medidas de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos adquiridos en dichas cláusulas. Como refuerzo adicional, la normativa prevé también la posibilidad de suspensión de las transferencias basadas en cláusulas contractuales —art. 70.3 del Reglamento de la LOPD—.

La posibilidad de subcontratación de servicios por parte del encargado de un tercero situado en un país que no ofrece un nivel adecuado de protección no se recogía en la Decisión 2002/16/CE. La Agencia Española de Protección de Datos ha venido interpretando que la subcontratación sólo será posible

¹³⁰ También se citan en el artículo 34 los siguientes supuestos: cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España; cuando se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional; cuando sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado, etc.

¹³¹ Cfr. Documento WP 114 del Grupo de Trabajo del artículo 29, y *Supra* apdo. 2.2.

¹³² El exportador de datos es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo situado en territorio español que realiza una transferencia de datos de carácter personal a un país tercero- art. 5.1.j) del Reglamento de la LOPD.

¹³³ Decisión 2001/497/CE, de 15 de junio y Decisión 2004/915/CE, de 27 de diciembre que modifica la anterior, relativas a las cláusulas contractuales para las transferencias internacionales que se produzcan entre responsables o cesiones. Y la Decisión 2002/16/CE, de 27 de diciembre de 2001 (que quedará derogada partir del 15 de mayo de 2010) y la Decisión 2010/87/CE, de 5 de febrero (que entrará en vigor el 15 de mayo de 2010) relativas a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento. También la AEPD ha estudiado esta cuestión en su Instrucción 1/2000, que ha sido declarada parcialmente nula (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2002, ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2006).

cuando el encargado del tratamiento forme parte de la relación jurídica que implica la transferencia internacional entre un encargado y un subencargado, debiendo aportar las garantías adecuadas para obtener la autorización del Director de la Agencia¹³⁴. Las soluciones que propone la Agencia son, por un lado, la celebración de un contrato amparado en la Decisión 2002/16/CE entre el encargado del tratamiento, actuando en nombre y por cuenta del responsable que le hubiese otorgado poder a tal efecto, y el subcontratista¹³⁵; por otro, la celebración de un contrato entre el responsable del tratamiento y el encargado, amparado por las cláusulas previstas en la Decisión 2002/16/CE, actuando el encargado en nombre y por cuenta del subcontratista, habiéndose otorgado poder suficiente para ello¹³⁶; y en último lugar, la adhesión por el subcontratista a las cláusulas celebradas entre un responsable y el encargado del tratamiento, mediante un instrumento específico, firmado por las tres partes, en el que el subcontratista se compromete, específicamente, al cumplimiento de las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE¹³⁷.

La decisión 2010/87/CE, que entrará en vigor el 15 de mayo de 2010, ha regularizado esta situación de «subtratamiento» de datos, y en la que básicamente recoge la propuesta de reforma de la Decisión 2002/16/CE de la Cámara de Comercio Internacional. Así, establece que el importador podrá subcontratar siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el exportador haya dado su consentimiento previo por escrito a dicha subcontratación; que la relación entre encargados se recoja en un contrato escrito que contenga las mismas obligaciones impuestas al encargado en el contrato con el responsable, en el que además se incluirá una cláusula de tercero beneficiario. Y por último, obliga al importador a notificar al exportador los acuerdos de subtratamiento que ha realizado. Dicha lista se actualizará al menos una vez al año y será conservada por el exportador. Además, como control adicional, se establece que la lista estará a disposición de la

autoridad de control de protección de datos del exportador de datos.

La Agencia Española de Protección de Datos ha mostrado su preocupación porque esta medida pueda provocar un incremento de la deslocalización de actividades empresariales desde Europa, ya que, aunque estas medidas permiten la subcontratación de servicios en el ámbito de las transferencias internacionales, éstas se limitan a la subcontratación de servicios entre empresas ubicadas en terceros países que no garantizan un nivel adecuado de protección, y no tiene en cuenta las situaciones en las que el encargado se encuentre en un país con un nivel adecuado de protección¹³⁸.

Otra de las posibilidades, que se ofrece a los grupos multinacionales para obtener la autorización de la Agencia a las transferencias internacionales que se realicen entre sus empresas son las «**Binding Corporate Rules (BCRs)**»¹³⁹. Este instrumento de autorregulación consiste en una serie de documentos adoptados en las multinacionales con el objetivo de establecer estándares de protección de datos. Para que estos documentos puedan ser considerados como una garantía adecuada es imprescindible que éstos sean vinculantes a todos los efectos. Es decir, que tienen que ser de obligatorio cumplimiento para todos los miembros del grupo (empresas, empleados y contratistas) y deben también ser obligatorias hacia el exterior.

Por tanto, estas cláusulas deberán ser transparentes e incluir el contenido básico de los principios esenciales de la protección de datos, de manera que proporcione una protección adecuada a los mismos. Asimismo, contendrán una serie de mecanismos de control interno, consistente en formación, auditorías internas, y sanciones de carácter disuasorio o punitivo, y otros mecanismos de control externo como realizar auditorías externas obligatorias o someterse a la jurisdicción de la Autoridad de control en materia de protección de datos. Y por último, deberán incorporar estipulaciones a favor del afectado que garanticen, en primer término, apoyo y ayuda a los interesados y que, en segundo término, proporcionen una repara-

¹³⁴ Informe 518/2006 sobre «Transferencia de encargado a encargado».

¹³⁵ Informe 582/2004, de 4 de Julio de 2005, sobre «Subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección. Necesidad de intervención del responsable».

¹³⁶ Informe 190/2007, de 25 de abril de 2006, sobre «Prestación de servicios de consultoría telefónica».

¹³⁷ Resoluciones de autorización de Transferencia Internacional de datos de 29 de noviembre de 2006.

¹³⁸ Memoria de la AEPD. Año 2007 página 29.

¹³⁹ Las BCRs han sido analizadas por el Grupo de Trabajo en sus documentos: WP 74 sobre la aplicación del artículo 26.2 de la Directiva 95/46/CE a las BCRs, WP 107 sobre la competencia de las Autoridades de Control europeas en el procedimiento coordinado de aprobación las BCRs, WP 108 sobre el Modelo de solicitud de autorización de transferencia Internacional basada en BCRs en el ámbito del procedimiento coordinado, WP 133 Recomendación 1/2007 sobre la solicitud de aprobación de las BCRs, WP 153 que contiene un cuadro que establece la relación de los elementos y principios que deben contener las BCRs, WP 154 con un cuadro que establece la estructura de las BCRs y el WP 155 con las Preguntas más frecuentes sobre BCRs.

ción adecuada, e incluso si es necesario una compensación, en caso de incumplimiento¹⁴⁰.

El principal problema de las BCRs es su aplicabilidad en Derechos como el español¹⁴¹ en el que las declaraciones unilaterales de voluntad no son fuente de obligaciones. Por lo que, en caso de incumplimiento, no existiría la posibilidad de recurso ante una autoridad administrativa o judicial que protegiese el derecho vulnerado, dejándolo desprotegido. En estos supuestos, se plantean dos soluciones: que las BCRs se incluyan en los contratos con los clientes o con los trabajadores, como un anexo de obligado cumplimiento¹⁴² y que las BCRs cumplan los requisitos establecidos en el artículo 70.4 del Reglamento de la LOPD, es decir, que dichas normas o reglas internas incluyan las garantías necesarias para el cumplimiento y el ejercicio de los derechos reconocidos en la LOPD, que resulten vinculantes y exigibles conforme al ordenamiento jurídico español, de modo que la autorización del Director de la Agencia de lo previsto en las normas o reglas internas, tanto por la Agencia como por los afectados cuyos datos hubieran sido objeto de tratamiento.

En cualquier caso, como ya hemos indicado antes respecto de las cláusulas contractuales, las BCRs son una de las posibles soluciones a la problemática de las transferencias internacionales, pero no es la única, aunque si permite una mayor flexibilidad que las primeras, ya que se pueden ajustar a las necesidades particulares de cada grupo.

El mejor enfoque práctico recomendado por el Grupo de trabajo del artículo 29¹⁴³ para un exportador de datos ante una transferencia internacional es, en primer lugar, considerar si el país tercero proporciona un nivel de protección adecuado, bien porque así lo haya declarado la Comisión o la Agencia Española de Protección de Datos, bien porque dicho país esté adherido a los Principios de Puerto Seguro. En segundo lugar, si el nivel de protección no es adecuado, el exportador debería proporcionar las garantías adecuadas, bien mediante la firma de cláusulas contractuales adecuadas, bien mediante la adopción de BCRs,

para obtener la autorización de la Agencia. Y por último, y sólo si verdaderamente el resto de las opciones anteriores no son posibles, se debería acudir a las excepciones del artículo 34 de la LOPD.

Pero la realidad de las multinacionales, en general, altera este esquema. Es decir, en estos grupos la toma de decisiones está muy jerarquizada y centralizada en la matriz. Por lo que salvo que las transferencias supongan un grave trastorno en la actividad del grupo, es muy difícil justificar la necesidad de adherirse a los principios de puerto seguro u obtener la autorización de la Agencia, mediante la adopción de cláusulas contractuales o BCRs, procedimientos muy burocratizados, en vez de, por ejemplo obtener el consentimiento del afectado. Afortunadamente, la internacionalización económica, la multiplicación de las relaciones comerciales, y en consecuencia el aumento de las transferencias internacionales, hace que los responsables de la toma de decisiones dentro del grupo sean más conscientes de la necesidad de regularizar estos movimientos de datos de una manera global¹⁴⁴. Pero hasta que estas soluciones se hagan realidad, el día a día exige medidas de protección que normalmente se basan en las excepciones del artículo 34 de la LOPD, y en concreto en el consentimiento del afectado.

Por tanto, en el caso de que en los flujos de datos estudiados anteriormente se produzcan transferencias internacionales, habrá que analizar si el importador de datos es un país con un nivel adecuado de protección o no, y si no lo es, habrá que tomar las medidas oportunas y adecuadas a las características y especificidades organizativas del grupo para legitimar cada una de las transferencias.

En el caso de que la empresa exportadora decida utilizar el consentimiento del afectado, este consentimiento debe ser inequívoco y, para el caso de datos de salud, expreso. Para constituir una base jurídica válida para una posible transferencia, además de cumplir con los requisitos generales aplicables al consentimiento, éste debe darse específicamente para una transferencia en concreto o para una categoría de

¹⁴⁰ Cfr. Documento WP 12 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE. Página 15.

¹⁴¹ Art. 1089 del Código Civil: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

¹⁴² Cfr. Documento WP 74 del Grupo de Trabajo del Artículo 29. Páginas 6 y 7.

¹⁴³ Cfr. Documento WP 114 del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre una interpretación común del artículo 26.1 de la Directiva 95/46/CE.

¹⁴⁴ Las Memorias de la Agencia Española de Protección de datos reflejan año tras año el constante aumento de la consulta sobre transferencias internacionales, su autorización, así como la inscripción de fichero de titularidad privada que declaran transferencias internacionales de datos. Este crecimiento de flujos internacionales de información, no sólo genera más actividades de control y consulta, sino que se ve acompañado por iniciativas dirigidas a facilitar las mismas manteniendo las garantías de protección. Estas propuestas se centran en las cláusulas contractuales y en las BCRs, debido a la relevancia que están adquiriendo como solución a las transferencias internacionales. Cfr. Memoria de la AEPD del 2008. pág. 28.

transferencias. Por ello la información previa al consentimiento debe incluir las circunstancias específicas de la transferencia, su objetivo o finalidad, la identidad y los datos del receptor o receptores, así como el tipo de actividad a la que se dedican¹⁴⁵. Y como requisito clave para poder validar el consentimiento, se especificará el riesgo al que se van a someter los datos como consecuencia de la transferencia a un país que no proporciona el nivel adecuado de protección¹⁴⁶. De esta forma, para que el consentimiento pueda considerarse inequívoco y específico es preciso que en el mismo se indique los Estados donde se encuentran los destinatarios de los datos.

Cuando la empresa suministradora es responsable del fichero, bien porque ha recabado los datos directamente del afectado, bien porque otro responsable del fichero le ha cedido los datos, la obtención del consentimiento para la realización de la transferencia internacional es más fácil. Ya que, como hemos analizado, el tratamiento o cesión de datos de salud para los supuestos en los que interviene una empresa del sector sanitario, requiere del consentimiento expreso del afectado. Por tanto, desde un punto de vista práctico, sólo se tendría que incluir la posibilidad de la transferencia en el consentimiento, llamémoslo inicial, para validarla. En cualquier caso, para los supuestos en los que la empresa suministradora no tenga contacto directo con el afectado, como por ejemplo en el caso de los ensayos clínicos, la obligación de recabar el consentimiento para la transferencia se debería delegar en la persona o institución que tuviera contacto directo con el mismo para facilitar su obtención, que para los ensayos clínicos será el investigador.

Sin embargo, en los supuestos en los que el acceso a los datos por parte de la empresa suministradora se produzca como consecuencia de un encargo de tratamiento, donde no es necesario la obtención del consentimiento del afectado, la responsabilidad de recabar el mismo para la transferencia internacional posterior, se debería incluir en el contrato de prestación de servicios, en el que se indicará que el responsable del fichero deberá obtener el consentimiento del afectado con anterioridad al acceso por parte del encargado. Esta cláusula se podría reforzar con el compromiso de ambas partes a no incluir dentro del objeto del servicio los datos de aquellos afectados que no hubiesen consentido la transferencia. Este punto es de especialmente importante en el caso de que el responsable del fichero sea un cen-

tro sanitario, ya que estos están habilitados por ley, artículo 7.6 y 8 de la LOPD, a tratar los datos sin el consentimiento del paciente.

Por último, hay que indicar que la transferencia internacional de datos de salud debería hacerse de forma anónima, tal y como indica el Grupo de trabajo del artículo 29 en el documento WP 131, y que esta recomendación debe exigirse, como requisito mínimo, para las transferencias de datos resultantes de estudios clínicos.

5. Conclusiones

El tratamiento y comunicación de datos de salud se encuentra sometido a restricciones particulares respecto del régimen aplicable con carácter general. El artículo 7.3 de la LOPD establece que los datos de salud sólo podrán ser tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Esta especial protección no es arbitraria, ya que no sólo resulta de lo dispuesto en las normas internacionales y comunitarias, sino que se basa en la especial vinculación de estos datos con la esfera más íntima y personal del afectado, y en que el uso indebido de esos datos puede afectar el ejercicio de otros derechos fundamentales y el libre desarrollo de la persona. Este régimen de especial protección se completa mediante el refuerzo de otros principios generales, como el principio de información o el deber de seguridad.

La comunicación o cesión de datos personales a terceros distintos del afectado, sólo podrá realizarse mediante habilitación legal o con el consentimiento expreso del afectado. No siendo de aplicación las excepciones recogidas en el artículo 7.6 y 8 de la LOPD, en atención a la interpretación restrictiva que realiza la Agencia y el Grupo de Trabajo del artículo 19. Así como, tampoco son de aplicación a los datos de salud cualquiera de las causas legitimadoras del tratamiento previstas en el artículo 11.2 de la LOPD, quedando limitada la habilitación legal a los supuestos recogidos en la norma especial o a los incluidos en la norma general que se refieran expresamente a tales datos, como sucede, por ejemplo, en el artículo 11.2 apartados e) y f) de la LOPD.

El acceso a datos por cuenta de terceros como consecuencia de la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, no se consideran cesiones

¹⁴⁵ Art. 11.3 de la LOPD: «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar».

¹⁴⁶ Cfr. WP 114 sobre una interpretación común del artículo 26.1 de la Directiva. Apdo. 2.1.

de datos y por tanto no será necesario el consentimiento previo y expreso del afectado. En este sentido el tratamiento realizado por el tercero debe limitarse única y exclusivamente a la prestación de los servicios encargados por el responsable, sin que se establezca un nuevo vínculo entre el tercero que accede a los datos y el afectado. Esta relación entre el responsable y el encargado del tratamiento se legitima mediante la firma de un contrato por escrito en los términos establecidos en el artículo 12 de la LOPD, en el que se especificará que el encargado tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable, y que no los aplicará o utilizará con un fin distinto al que figura en el contrato.

En lo referente a los movimientos de datos fuera del Espacio Económico Europeo, o transferencias internacionales, la aproximación adecuada para un exportador de datos es considerar si el país tercero proporciona un nivel de protección adecuado, bien porque así lo haya declarado la Comisión o la Agencia Española de Protección de Datos, bien porque dicho país esté adherido a los Principios de Puerto Seguro. Si el nivel de protección no es adecuado, el exportador deberá obtener la autorización de la Agencia proporcionando las garantías adecuadas, bien mediante la firma de cláusulas contractuales adecuadas, bien mediante la adopción de BCRs. Y sólo acudirá a las excepciones del artículo 34 de la LOPD, cuando no haya otra opción posible, para legitimar la transferencia.

Para las empresas proveedoras de productos sanitarios, los principales retos específicos del sector respecto del movimiento de datos de salud no sólo están relacionados con la complejidad de los datos que tratan, sino que también vienen definidos por las siguientes cuestiones:

- La complicada armonización de la normativa de protección de datos con la legislación sanitaria no es fácilmente alcanzable, por las divergencias entre ambas legislaciones, por ejemplo, en materia del consentimiento o en la cesión de los datos.
- Interactúan con una gran variedad de instituciones de diversa índole, del ámbito público o del privado, con diferente normativa, con un régimen distinto en la aplicación de la normativa de protección de datos, con una cultura y un grado de implantación de la LOPD bastante dispar, lo que obliga a diversificar las soluciones para poder garantizar una adecuada protección de los datos.
- Como prestadoras de servicios, manejan datos personales que en ocasiones exceden de lo estrictamente necesario para prestar dicho servicio. Por ejemplo, se incluyen datos identificativos del pa-

ciente en los pedidos, en lugar de utilizar el código de referencia del contrato de suministro.

- A pesar de manejar los datos personales de los pacientes, el contacto con los mismos es bastante limitado, por lo que en ocasiones plantea serias dificultades prácticas a la hora de legitimar un tratamiento o una cesión.
- Se mueven en un entorno multinacional, ya que al formar parte de grandes multinacionales están sometidas a autoridades reguladoras y de control de otros países, como por ejemplo la FDA. Esto implica que se produzcan transferencias internacionales de datos.

Por tanto, en atención a estos retos, las líneas de actuación pasan por la realización de un buen análisis de todos los riesgos a los que la empresa puede estar sometida en materia de protección de datos, de manera que pueda determinar si es el responsable del fichero o del tratamiento o si es un encargado del tratamiento. De esta forma, se podrán establecer metodologías y herramientas de control para el cumplimiento continuado de las obligaciones de la normativa. Estos sistemas y mecanismos de adecuación a la normativa deben ser específicos, para cada riesgo concreto, y dinámicos, de manera que se puedan adaptar a los cambios del sector.

En definitiva, el trabajo de las empresas de productos sanitario en materia de protección de datos debe focalizarse en tres puntos:

- Establecer acuerdos con los centros, adaptados a las características y necesidades específicas de cada uno de ellos.
- Concienciar y formar a las personas dentro de la organización que traten o puedan tratar datos personales.
- Y a nivel sectorial, hacer uso de la autorregulación mediante la creación de Códigos Tipo, que ante la carencia de una normativa específica, establezca no sólo un lenguaje común, sino también soluciones comunes.

6. Bibliografía

- LEY 14/1986, de 25 de abril, ley General de Sanidad.
- LEY 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.
- LEY 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- LEY 29/2006, de 26 de julio, de garantía y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- 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.

- LEY 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- CIRCULAR 7/2004, de investigaciones clínicas con productos sanitarios.
- Código Tipo de Farmaindustria de Protección de Datos Personales en el ámbito de la investigación clínica y de la Farmacovigilancia.
- COMITÉ PERMANENTE DE MÉDICOS EUROPEOS. «Ethical Guidelines in Telemedicine.»
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las Regiones, sobre la telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad. COM (2008) 689.
- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
- Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- AEPD. «Informe 283/2008. El número de historia clínica que pueda asociarse con un paciente es un dato de carácter personal.»
- AEPD. «Informe 0008/2009. Acceso a datos por emplados de empresa encargada del tratamiento.»
- AEPD. «Informe 0317/2009. Cesión de datos de minusvalía de alumnos entre Universidades Públicas para estudios de investigación.»
- AEPD. «Informe 106/2008. Responsabilidad sobre las historias clínicas en clínica privada.»
- AEPD. «Informe 111/2005. Prueba en relación con el cumplimiento del deber de información.»
- AEPD. «Informe 129/2005 Naturaleza del dato del fumador como dato de salud.»
- AEPD. «Informe 155/2008. Seguridad del Encargado con acceso remoto.»
- AEPD. «Informe 182/2004. El carácter de dato de salud de los datos sobre drogodependencia.»
- AEPD. «Informe 190/2007. Prestación de servicios de consulta telefónica.»
- AEPD. «Informe 207/2008. Consecuencias de la creación de una base de datos de médicos anonimizada.»
- AEPD. «Informe 227/2008. Medidas de seguridad. Datos de minusvalía.»
- AEPD. «Informe 303/2008. Nivel de seguridad básico en nóminas.»
- AEPD. «Informe 304/2005. Análisis de diferentes cuestiones relativas a la historia clínica.»
- AEPD. «Informe 325/2004. Comunicación de datos entre empresas de un mismo grupo.»
- AEPD. «Informe 336/2008. Aplicación del artículo 81.6.»
- AEPD. «Informe 359/2002. Cesión de datos de salud a aseguradoras de asistencia sanitaria por centros sanitarios privados.»
- AEPD. «Informe 363/2008. Póliza de seguro de vida. Cesión de datos.»
- AEPD. «Informe 406/2008. Cesión del dato de número de historia clínica.»
- AEPD. «Informe 449/2004. Cesión de datos de salud a aseguradoras de asistencia sanitaria por profesionales de la medicina.»
- AEPD. «Informe 471/2008. Consentimiento en la recogida de datos de salud.»
- AEPD. «Informe 494/2008. Grupo de empresas. Necesidad de contrato de encargado de tratamiento con la central.»
- AEPD. «Informe 494/2009. Necesidad de cifrado de datos para la comunicación.»
- AEPD. «Informe 513/2004. Subcontratación por un encargado del tratamiento.»
- AEPD. «Informe 518/2006. Transferencia de encargado a encargado.»
- AEPD. «Informe 533/2008. Aplicación de la LOPD a ensayos clínicos.»
- AEPD. «Informe 574/2008. Nivel de seguridad en fichero con datos de salud.»
- AEPD. «Informe 582/2004. Subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección. Necesidad de intervención del responsable.»
- AEPD. «Informe 600/2009. Incorporación de datos de asistencia médica prestada a la Historia Clínica Electrónica.»
- AEPD. «Informe 624/2008. Fichero de Investigación biomédica. Inscripción en el Registro de la AEPD.»
- AEPD. «Informe 625/2009. Protésicos, ¿encargados o responsables?»
- AEPD. «Informe del año 2000. Alcance del concepto de datos de históricos con fines científicos o de investigación.»
- AEPD. «Informe sobre el Tratamiento de datos de salud. Año 2001.»
- AEPD. «Subcontratación por un encargado del tratamiento.»
- AGENCIA ESPAÑOLA MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS. Directrices sobre el Sistema de Vigilancia de productos sanitarios. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2008.
- ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. «Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre responsabilidades y normas éticas en la utilización de la Telemedicina.»
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2000/518/CE, de 26 de julio, de la Comisión relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2000/520/CE, sobre la adecuación conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2001/497/CE VERSIÓN CONSOLIDADA, de 15 de junio de 2001, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2001/497/CE, de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país.

- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2002/16/CE, de 27 de diciembre de 2002, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2002/2/CE, de 20 de diciembre, sobre la adecuación de la protección de los datos personales conferida por la ley canadiense Personal Information and Electronic Document Act.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2003/490/CE, de 30 de junio, de la Comisión sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2003/821/CE, de 21 de noviembre relativa al carácter adecuado de la protección de datos personales en Guernsey.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2004/411/CE, de 28 de abril, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en la Isla de Man.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2004/915/CE, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE.
- DECISIÓN DE LA COMISIÓN 2010/87/UE, de 5 de febrero, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y consejo de 24 de Octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- ECIJA Abogados. Factbook® Protección de datos personales. El manual práctico para cumplir la Ley y el Reglamento de la LOPD. Thomson Civitas, 2008.
- Expediente CT/003/2008 de Resolución de inscripción del Código tipo de Farmaindustria.
- GÓMEZ PIQUERAS, C.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; PÉREZ GÓMEZ, J.M.; ROMERO CASABONA, C.M.; SÁNCHEZ CARO, J.; VALCÁRCEL TEIJEIRO, N., *Protección de datos e investigación médica*. Editado por Agencia Española de Protección de datos. Aranzadi, 2009.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. «Documento WP 114 sobre una interpretación común del artículo 26(1) de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995.» 2005.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. «Documento WP 12. Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE.» 1998.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. «Documento WP 131, sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos (HME).» 2007.
- INTRUCCIÓN 1/2000, de 1 de diciembre, de la AEPD, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos.
- MEMORIA DE LA AEPD Año 2007.
- MEMORIA DE LA AEPD. Año 2000.
- MEMORIA DE LA AEPD. Año 2008.
- Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. La cesión o comunicación de datos de carácter personal. Civitas, 2003.
- Normas de Buena Práctica Clínica (CPMP/ICH/135/95).
- ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL. «Código de Ética y Deontología médica.» 10 de septiembre de 1999.
- Recomendación N° R. (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre protección de Datos Médicos.
- REAL DECRETO 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.
- REAL DECRETO 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos.
- REAL DECRETO 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- REAL DECRETO 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
- Resolución de autorización de transferencia internacional de datos a Colombia. Expediente TI/00037/2006, de 29 de noviembre.
- Resolución de autorización de transferencia internacional de datos a Uruguay. Expediente TI/00038/2006, de 29 de noviembre.
- RIPOL CARULLA, S.; BACARIA MARTRUS, J.; Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud. Editado por Agència Catalana de Protecció de Dades. Marcial Pons, ediciones jurídicas, 2006.
- Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01 (Petición de decisión prejudicial planteada por el Göta hovrätt): Bodil Lindqvist.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004.
- Sentencia de la Audiencia Nacional del 31 de mayo de 2002.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de Septiembre de 2002.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 21 de septiembre de 2005.
- TRONCOSO REIGADA, A. *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*. Editado por APDCM. Thomson Civitas, 2008.

La declaración del riesgo médico en los seguros de vida, importancia y consecuencias de su omisión

*Ana Luisa Villanueva
Alonso*

1. Introducción
 - 1.1. Antecedentes
 - 1.2. Seguros de vida tradicionales y bancaseguros
 - 1.3. Práctica habitual
 - 1.4. Objetivo
2. La ley del contrato de seguros (LCS)
 - 2.1. Definición
 - 2.2. Estructura
 - 2.3. La declaración de riesgos. Artículo 10 de la LCS
Artículo 10
 - 2.4. Artículos relacionados: Art. 20 y 89
3. Selección de riesgos
 - 3.1. Qué es
 - 3.2. Cómo se lleva a cabo
 - 3.2. Consecuencias de su aplicación
4. Análisis de la jurisprudencia sobre declaración de riesgos en seguros de vida del 2007 al 2009
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

1.1. Antecedentes

La bonanza económica de las dos últimas décadas ha generado la diversificación de los negocios, especialmente en el área bancaria. La creación de corporaciones financieras, como la Corporación Banesto, primera en crearse y primera en desaparecer, propiciaron la entrada de las operaciones bancarias en el mundo del seguro.

Esto dio origen a la Bancaseguros. Nueva modalidad que, casi por obligación, adjudicaba una cobertura de seguros a cada una de las operaciones financieras del los clientes del banco. De este modo todos los prestamos por pequeños que fueran llevarían un seguro de fallecimiento o invalidez que asegurara al banco el cobro del préstamo. Para el banco era especialmente importante ya que disminuiría su ratio de morosidad.

La mayoría de los grandes bancos crearon su propia compañía de seguros, Banesto seguros, Santander seguros, BBVA seguros etc. Las Cajas de ahorros fueron más modestas a la hora de crear dichas entidades, solo las grandes pudieron hacerlo. Otras muchas crearon joint-ventures que les permitieron estar en el mercado sin tener que invertir en exceso.

La declaración del riesgo médico comienza a ser un inconveniente en la oficina bancaria, es muy incómodo hurgar en las intimidades sanitarias del cliente.

Ahora no solo que cumplir objetivos en venta de créditos, sino también en seguros.

1.2. Seguros de vida tradicionales y Bancaseguros

Para los seguros tradicionales la selección de riesgo no es nada nuevo. El agente estaba acostumbrado a rellenar el papeleo de su cliente e intermediar por el en la compañía de seguros. Las importantes comisiones del 30 al 40% de la prima hacían que se ocuparan personalmente y cuidaran todos los detalles.

Las principales diferencias entre ambas radican en la suma asegurada y el objeto del seguro.

El seguro de vida tiene una suma asegurada mucho mayor y el conocimiento del riesgo es fundamental a la hora de establecer el contrato.

La evidencia medica se recoge a través de un cuestionario medico rellenado por un médico y complementado con unos análisis que no pueden esconder ciertas patologías.

Con la aparición de los seguros vinculados a operaciones financieras surge una nueva situación. Las sumas aseguradas son mucho más pequeñas, el seguro pasa a ser colectivo o de grupo, frente al individual del tradicional, y el conocimiento del estado de salud del solicitante se hace a través de una declaración de estado de salud o cuestionario corto.

1.3. Práctica habitual

Con el cambio legislativo en cuanto a la figura del agente transformada en mediador y la ley de protección de datos, la libre circulación y manipulación de la información sanitaria ha desaparecido. Sin embargo los cuestionarios simples, ampliamente utilizados en la Bancaseguros siguen siendo rellenos por el personal bancario. Conocen bien el estado de cuentas pero desconocen las implicaciones que determinadas enfermedades pueden ocasionar en una póliza de seguros. El hábito enólico, la diabetes o las depresiones generan una alta siniestralidad, en su gran mayoría estos riesgos no se declaran.

Para el profesional que evalúa estos riesgos, el tarificador, es bien conocida esta situación.

1.4. Objetivo

El objetivo es:

Estudiar la importancia de la declaración del riesgo en los seguros a través del análisis de la jurisprudencia publicada en Westlaw-Aranzadi en los últimos 3 años (2007-2009), como se obtiene y que consecuencias tiene su omisión.

2. La ley del contrato de seguros (LCS)

2.1. Definición

Esta ley de 1980 rige los contratos de seguros vigentes en la actualidad. En ella se definen los derechos y obligaciones de ambas partes.

2.2. Estructura

Está dividida en las siguientes partes:

Título I. Hace referencia a las disposiciones generales a todos los tipos de seguros. Sienta las bases

del contrato, la documentación necesaria y las obligaciones y deberes de las partes.

Título II. Regula los seguros de daños

Título III. Regula los seguros personales referentes a la vida, accidentes y enfermedad. Se establecen los beneficiarios, las formas de asegurar, la edad mínima, primas con respecto a coberturas y las actuaciones en caso de siniestro o rescate del capital.

Título IV. Normas de derecho internacional

Disposiciones adicionales:

- **Primera** sobre el soporte duradero
- **Segunda** sobre contratación a distancia
- **Tercera** sobre contratación electrónica

Disposición transitoria para la adaptación a esta ley de los contratos previos a la fecha de entrada en vigor

Disposición final para la fecha de entrada en vigor de la misma

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

Título I. Disposiciones generales.

Sección I. Preliminar. (Arts. 1 Al 4)

Sección II. Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo. (Arts. 5 Al 13)

Sección III. Obligaciones y deberes de las partes. (Arts. 14 Al 21)

Sección IV. Duración del contrato y prescripción. (Arts. 22 Al 24)

Título II. Seguros contra daños.

Sección I. Disposiciones generales. (Arts. 25 Al 44)

Sección II. Seguro de incendios. (Arts. 45 Al 49)

Sección III. Seguro contra el robo. (Arts. 50 Al 53)

Sección IV. Seguro de transportes terrestres. (Arts. 54 Al 62)

Sección V. Seguro de lucro cesante. (Arts. 63 Al 67)

Sección VI. Seguro de caución. (Art. 68)

Sección VII. Seguro de crédito. (Arts. 69 Al 72)

Sección VIII. Seguro de responsabilidad civil. (Arts. 73 Al 76)

Sección IX. Seguro de defensa jurídica. (Arts. 76 A al 76 g)

Sección X. Reaseguro. (Arts. 77 Al 79)

Título III. Seguro de personas.

Sección I. Disposiciones comunes. (Arts. 80 Al 82)

Sección II. Seguro sobre la vida. (Arts. 83 Al 99)

Sección III. Seguro de accidentes. (Arts. 100 Al 104)

Sección IV. Seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria. (Arts. 105 Y 106).

Título IV. Normas de derecho internacional privado. (Arts. 107 Al 109)

Disposición adicional primera. Soporte duradero.

Disposición adicional segunda. Contratación a distancia.

Disposición adicional tercera. Contratación electrónica.

Disposición transitoria.

Disposición final.

2.3. La declaración de riesgos. Artículo 10 de la LCS

Artículo 10

El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo

con el cuestionario que este le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerando de tal deber si el asegurador no le somete a cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en el.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que ocurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al periodo en curso en el momento que haga la declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de este se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medio dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

Este artículo expresa:

1. La obligación por parte del asegurador de presentar un cuestionario al tomador del seguro. Este, a su vez, tiene la obligación de contestar verazmente a las preguntas que allí se plantean. Si el cuestionario no contiene las preguntas necesarias para conocer el estado de salud del tomador, este queda exonerado de la obligación.
2. Si el asegurador encuentra que el tomador no ha contestado verazmente a las preguntas planteadas en el cuestionario, tiene un mes para comunicárselo al tomador y rescindir el contrato.
3. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador le comunique al tomador cualquier irregularidad, el asegurador podrá cubrir la prestación aplicando la proporcionalidad entre la prima convenida y la que se hubiera debido de aplicar.
4. Si media dolo o culpa, es decir, la ocultación voluntaria de la situación de salud del tomador, el asegurador se vera exonerado del pago de la prestación

A efectos prácticos esto se traduce en:

- Un cuestionario claro y directo que no de pie a la ocultación del estado de salud.
- Un proceso ágil de gestión de la declaración de salud para evitar rechazos de prestaciones por declaraciones incompletas.

2.4. Artículos relacionados: Art. 20 y 89

Los artículos 20 y 89 tienen gran relación con la declaración del riesgo puesto que hacen referencia a:

- El pago de intereses de demora en caso de retraso en la prestación.

- La exoneración del pago de la prestación por parte del asegurador si el tomador comete dolo en la declaración del riesgo.
- La imposibilidad de impugnar el contrato transcurrido un año de su formalización.

Artículo 20

Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1. *Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.*
2. *Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.*
3. *Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.*
4. *La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.*

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %.

5. *En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6 subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.*
6. *Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.*

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de

comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7. *Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.*
8. *No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.*
9. *Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante, cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.*
10. *En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia.*

Este artículo expresa las condiciones del pago de la prestación en caso de demora por parte del asegurador:

- Se entiende por mora si pasan tres meses desde la producción del siniestro o 40 días desde la comunicación del siniestro.
- Los intereses de la cantidad a abonar se incrementan en un 50% con respecto al interés del dinero vigente y transcurridos dos años del siniestro el interés no podrá ser inferior al 20%
- No tendrá derecho a estos intereses si la mora es debida a causa justificada.
- Si el tomador del seguro no comunica el siniestro en el plazo de siete días de haberse producido el siniestro, el cómputo se aplicará a partir de la fecha de comunicación del siniestro.

Artículo 89

En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo.

Se exceptúa de esta norma la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado, que se regula en el artículo siguiente.

Este artículo deja bien claro que el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez pasado un año de su formalización a no ser que el tomador haya actuado con dolo. Esto quiere decir a no ser que el tomador no haya declarado su verdadero estado de salud.

En definitiva la declaración del riesgo es fundamental para determinar:

- El justo precio de la prima
- Las causas que general la prestación

Igualmente la comunicación del siniestro debe hacerse:

- En el tiempo establecido
- Adjuntando la documentación necesaria que corrobore el derecho a la prestación y evite la demora de su tramitación.

3. Selección de riesgos

3.1. Qué es

La selección de riesgos se refiere al proceso de evaluación y clasificación del riesgo que presenta el so-

licitante del seguro para el correcto cálculo de la prima.

La base del contrato del seguro de vida es asegurar la posibilidad de fallecimiento y/o invalidez del individuo. Para calcular el precio de las prestaciones debemos conocer cual es su estado de salud. Inicialmente sabemos su expectativa de vida a través de las tablas de mortalidad las cuales indican índice de mortalidad de la población en función de su edad.

Es imprescindible saber cuál es la probabilidad real de que este índice de mortalidad se cumpla ya que el asegurador está asegurando un riesgo que puede acontecer. La mayor o menor probabilidad de que esto ocurra afecta a las condiciones económicas del contrato. Esta probabilidad real representa el estado de salud del candidato en el momento de solicitar el seguro.

El contrato de seguro es como cualquier otro contrato entre dos partes. El objeto de dicho contrato es asegurar la vida del individuo. Para que esta situación sea beneficiosa para ambos participantes, la definición del objeto del contrato, es decir, del riesgo o probabilidad que fallecimiento o invalidez debe quedar claramente establecida.

Si no se hiciera así solo se asegurarían aquellos que conocieran de antemano el fatal desenlace. Esta situación solo beneficiaría a una parte, el asegurado, dejando al asegurador con la obligación certera del pago de la prestación.

3.2. Cómo se lleva a cabo

El proceso comienza en el punto de venta. El potencial asegurado debe entender la importancia de su estado de salud para obtener el mejor precio posible.

Para conocer dicho estado la aseguradora le presentará un cuestionario o practicará un examen médico en función del capital o suma asegurada que contrate.

Cada compañía diseña su propio cuestionario y determina los límites de capital y edad para cada suma asegurada o capital. Este cuadro se es conocido como el cuadro de requerimientos por capital y edad.

Desde la aparición de la Bancaseguros este cuadro ha sufrido variaciones.

Actualmente para los capitales de hasta 120-150.000€, solo se requiere del solicitante que rellene un cuestionario donde se le hacen una serie de preguntas sobre su estado de salud.

Estos cuestionarios constan de entre 5 y 10 preguntas encaminadas a conocer si se padece a ha padecido algún trastorno o enfermedad.

El diseño y la claridad de las preguntas son fundamentales para obtener la mejor información.

La falta de definición, complejidad o longitud de las preguntas favorece que el candidato no conteste ajustándose a la realidad, no tanto porque no quiera dar a conocer su estado sino porque no alcanza a comprender lo que se le esta preguntando. En el caso de que realmente no quiera declarar su situación real, dicha falta de definición o complejidad le sirve de elemento defensor si se produjera el siniestro.

3.3. Consecuencias de su aplicación

Una vez analizado el estado de salud del candidato, podemos clasificar el riesgo en tres categorías:

- a) **Riesgo normal o estándar.** El candidato se encuentra en buen estado de salud o puede presentar trastornos o enfermedades que no alteran las expectativas de mortalidad o invalidez de su grupo de edad.
- b) **Riesgo agravado.** El candidato se encuentra afecto de una enfermedad o trastorno que, según la importancia de la misma y los manuales de tarificación de la compañía de seguros, suponen una sobreprima, es decir, un incremento en el precio de la prima.
- c) **Riesgo rechazado.** El estado de salud del candidato hace que no se pueda aceptar el riesgo. Es decir que existe una certeza total de que se produzca el fallecimiento o invalidez.

Las reaseguradoras son las principales proveedoras de estos manuales de tarificación, que no hacen otra cosa que reflejar la experiencia de mortalidad e invalidez para los seguros de vida invalidez o enfermedades graves y de morbilidad en caso de seguros de salud y dependencia. En ellos se recomiendan las sobreprimas a aplicar en función del tipo de enfermedad o trastorno declarado.

4. Análisis de la jurisprudencia sobre declaración de riesgos en seguros de vida del 2007 al 2009

La búsqueda se ha realizado en la jurisprudencia que aparece en Westlaw Aranzadi.

Los parámetros de búsqueda han sido:

- Seguros de vida: declaración de riesgos
- Años 2007, 2008 y 2009

TABLA 1.
Resultados

Año/Tipo	Sentencias del STS	Sentencias seleccionadas
2007	82	51
2008	75	51
2009	54	39
Total	211	141

Del total de 211 sentencias se han seleccionado para este estudio 141.

Los criterios seleccionados para el estudio de las sentencias elegidas son los siguientes:

- a) **Distribución del negocio: Bancaseguros versus seguro de vida tradicional**
- b) **Suma asegurada de las pólizas en litigio**
- c) **Tipo de cuestionario utilizado**
- d) **Preguntas del cuestionario de salud. Pregunta trampa**
- e) **Declaración del riesgo en litigio**
- f) **Diagnósticos asociados a las coberturas**
- g) **Sentencias iniciales de los casos elegidos**
- h) **Decisión del Tribunal Supremo**
- i) **Análisis de la decisión. Adecuación de la sentencia a la realidad del conflicto según mi propia experiencia**
- j) **Argumentos que se alegan en las sentencias**
- k) **Artículos de la LCS en los que se fundamenta la defensa**

Las razones de la elección de tales criterios se basan en **la necesidad de comprender los procesos de:**

1. **Venta del seguros:** banca seguros (oficina bancaria) vs seguro tradicional (agente o mediador de seguros)
2. **Selección de riesgos:** preguntas y cuestionarios presentados al solicitante del seguros para conocer su estado de salud
3. **Decisión sobre el siniestro.**

Los motivos de su contratación, la suma asegurada, la cobertura solicitada o impuesta y como se tramita su solicitud constituyen el fundamento inicial de los litigios analizados.

Se adjunta en el apartado de bibliografía el listado original de sentencias aparecidas en Westlaw-Aranzadi con su referencia.

Resultados del análisis

a) **Distribución del negocio: Banca seguros versus seguro de vida tradicional**

A finales de los 90 apareció en el panorama asegurador un nuevo concepto: el seguro asociado a operaciones financieras. Dicho concepto generó una nueva línea de negocios denominada Banca seguros.

Esta línea de negocio surge en la era de la diversificación. Los bancos comienzan a entrar en nuevas líneas de negocio asociadas a sus productos financieros. La bonanza económica, el aumento de crédito al consumo y el floreciente negocio inmobiliario empujan al sector bancario a crear productos que cubran estas operaciones financieras con un seguro de vida e invalidez. De este modo comienzan a supeditarse el interés del préstamo a la protección de su pago mediante un seguro. Esta medida se extiende incluso al multirriesgo de hogar, que ya era un requisito previo sin vinculación obligatoria a ninguna compañía.

Los bancos y cajas de ahorros crean sus propias empresas de seguros o alcanzan acuerdos estratégicos con entidades de seguros para garantizar que sus operaciones estén cubiertas.

Así surgen estas nuevas compañías, y aunque no todas se nutren de profesionales conocedores del sector asegurador, el volumen de negocio al que se enfrentan hace que este detalle no sea de vital importancia.

Con la evolución del mercado los productos se van depurando pero no se ajustan claramente al mercado asegurador tradicional. El boom del sector inmobiliario favorece a una feroz proliferación de operaciones de seguros vinculadas a operaciones financieras sin cuidar las formas. Un ejemplo de ello es la proliferación de juicios por rechazos en las coberturas de seguros.

El incremento de la siniestralidad se debe fundamentalmente a la falta de atención en los procesos de venta y selección de riesgos que se hizo en su día.

Teniendo en cuenta la distinción entre Bancaseguros y seguros tradicionales, la tabla a continuación nos muestra la distribución de los casos estudiados según este criterio.

El 55,32% de las sentencias corresponden claramente a banca seguros y el 44,68% a seguros tradicionales.

No podemos descartar que algunas de las compañías de seguros tradicionales tengan vinculados sus seguros a operaciones financieras como ocurre con la Compañía 1 y una Caja, aunque no pueda deducirse esta conclusión de la lectura de la sentencia.

TABLA 2.

Año /Tipo	Sentencias Seguros	Seguros de vida	Total
2007	29	22	51
2008	27	24	51
2009	22	17	39
Total	78	63	141
%	55,32	44,68	100

Las tablas siguientes muestran las localidades donde de mayor número de demandas se han producido.

Barcelona, Valencia, Madrid, La Coruña, Granada, Palma y Bilbao reúnen el 48,95 % de los litigios

repartiendo el 51,05% entre el resto de las ciudades españolas

TABLA 3.

%	Ciudad		
17,02%	Barcelona		
13,48%	Valencia		
11,35%	Madrid		
4,26%	La Coruña	Palma de	
2,84%	Granada	Mallorca	Bilbao
48,95%	Subtotal		
51,05%	Resto de las ciudades		

TABLA 4.

Ciudad/Año	2007	2008	2009	Total	%
Barcelona	7	7	10	24	17,02
Gerona	1	1	1	3	2,13
Lérida	1	2	0	3	2,13
Madrid	6	5	5	16	11,35
Valencia	8	8	3	19	13,48
Alicante	0	0	1	1	0,71
Castellón	1	0	0	1	0,71
Murcia	1	2	0	3	2,13
Cartagena	0	1	0	1	0,71
Zaragoza	0	0	1	1	0,71
Teruel	0	1	1	2	1,42
Bilbao	2	2	0	4	2,84
Vitoria	1	0	0	1	0,71
Palma de Mallorca	2	1	1	4	2,84
Canarias	1	1	1	3	2,13
Pamplona	1	1	0	2	1,42
La rioja	1	1	0	2	1,42
Cáceres	0	0	2	2	1,42
Badajoz	0	2	1	3	2,13
Toledo	1	0	0	1	0,71
Ciudad Real	2	0	0	2	1,42
Cuenca	0	1	0	1	0,71
Palencia	1	0	1	2	1,42
León	0	2	0	2	1,42
Salamanca	0	1	0	1	0,71
Santiago	0	1	0	1	0,71
La Coruña	2	3	1	6	4,26
Vigo	1	1	0	2	1,42
Pontevedra	1	0	0	1	0,71
Gijón	0	0	1	1	0,71
Sevilla	0	0	2	2	1,42
Granada	2	0	2	4	2,84
Almería	1	0	1	2	1,42
Huelva	0	1	0	1	0,71
Málaga	2	1	0	3	2,13
Cádiz	4	4	3	11	7,80
Jaén	0	1	1	2	1,42
Córdoba	1	0	0	1	0,71
Total	51	51	39	141	100

La siguiente tabla muestra las diferentes compañías de Bancaseguros afectadas cada año junto con el número de casos.

TABLA 5.

Banca seguros/Año	2007	2008	2009	Total	%
Compañía 1	9	4	7	20	25,64
Compañía 2	0	3	2	5	6,41
Compañía 3	2	3	1	6	7,69
Compañía 4	0	0	1	1	1,28
Compañía 5	2	2	3	7	8,97
Compañía 6	1	1	1	3	3,85
Compañía 7	0	0	1	1	1,28
Compañía 8	0	1	1	2	2,56
Compañía 9	4	2	1	7	8,97
Compañía 10	0	2	1	3	3,85
Compañía 11	0	0	1	1	1,28
Compañía 12	0	1	1	2	2,56
Compañía 13	0	1	1	2	2,56
Compañía 14	1	2	0	3	3,85
Compañía 15	0	1	0	1	1,28
Compañía 16	0	1	0	1	1,28
Compañía 17	0	1	0	1	1,28
Compañía 18	0	1	0	1	1,28
Compañía 19	2	1	0	3	3,85
Compañía 20	1	0	0	1	1,28
Compañía 21	1	0	0	1	1,28
Compañía 22	1	0	0	1	1,28
Compañía 23	1	0	0	1	1,28
Compañía 24	1	0	0	1	1,28
Compañía 25	1	0	0	1	1,28
Compañía 26	1	0	0	1	1,28
Compañía 27	1	0	0	1	1,28
Total	29	27	22	78	100

El desglose por compañías de Banca seguros nos muestra:

TABLA 6.

%	Compañías de banca seguros				
25,64	Compañía 1				
8,97	Compañía 5	Compañía 9			
7,69	Compañía 3				
6,41	Compañía 2				
3,85	Compañía 6	Compañía 10	Compañía 14		Compañía 19
2,56	Compañía 8	Compañía 12	Compañía 13		
1,28	Resto				

La compañía 1, perteneciente a uno de los primeros bancos de España, es con mucho la compañía más demandada en estos tres últimos años, a pesar de tener un equipo directivo y técnico muy profesional y competente, lo que puede poner de manifiesto fallos en su proceso de venta, personal del banco en lugar de agente especializado.

El segundo punto lo ocupan las compañías de

seguros de otro primer banco español y otro banco con origen catalán.

Con el panorama actual de fusiones, las compañías 14 y 15 pertenecen en este momento a la compañía 11, y juntos pasarían a ocupar el tercer lugar.

El desglose por compañías de Seguros tradicional nos muestra:

TABLA 7.

%		Compañías de seguros				
22,2	Compañía 1					
7,94	Compañía 2	Compañía 5				
6,35	Compañía 4	Compañía 9				
4,76	Compañía 10					
3,17	Compañía 8	Compañía 16	Compañía 18	Compañía 27	Compañía 3	
1,59	Resto					

Es lógico encontrar a la cabeza de las demandas a la compañía 1 ya que además de ser la primera aseguradora del mercado español tiene un importante vínculo con una Caja que le genera un gran volumen de negocio en Banca seguros.

La compañía 2 ha sabido aprovechar su posición de líder en el sector de productos de consumo para a través de venta cruzada ofrecer productos de segu-

ros. Su reciente incorporación a este sector se refleja en el alto porcentaje de demandas.

La compañía 5 es otra compañía que tiene grandes vinculaciones con las cajas de ahorro, de ahí que posiblemente muchas de estas demandas estén vinculadas a productos financieros.

La tabla a continuación nos muestra el ranking de las compañías de seguros.

TABLA 8.

CIA de seguros/Año	2007	2008	2009	Total	%
Compañía 1	2	8	4	14	22,22
Compañía 2	2	1	2	5	7,94
Compañía 3	1	0	1	2	3,17
Compañía 4	1	2	1	4	6,35
Compañía 5	2	2	1	5	7,94
Compañía 6	0	0	1	1	1,59
Compañía 7	0	0	1	1	1,59
Compañía 8	0	0	2	2	3,17
Compañía 9	1	1	2	4	6,35
Compañía 10	0	1	2	3	4,76
Compañía 11	0	1	0	1	1,59
Compañía 12	0	1	0	1	1,59
Compañía 13	0	1	0	1	1,59
Compañía 14	0	1	0	1	1,59
Compañía 15	0	1	0	1	1,59
Compañía 16	0	2	0	2	3,17
Compañía 17	0	1	0	1	1,59
Compañía 18	0	1	1	2	3,17
Compañía 19	0	0	1	1	1,59
Compañía 20	1	0	0	1	1,59
Compañía 21	1	0	0	1	1,59

Continúa

TABLA 8. Continuación

CIA de seguros/Año	2007	2008	2009	Total	%
Compañía 22	1	0	0	1	1,59
Compañía 23	1	0	0	1	1,59
Compañía 24	1	0	0	1	1,59
Compañía 25	1	0	0	1	1,59
Compañía 26	1	0	0	1	1,59
Compañía 27	2	0	0	2	3,17
Compañía 28	1	0	0	1	1,59
Compañía 29	1	0	0	1	1,59
Total	20	24	19	63	100,00

b) Suma asegurada de las pólizas en litigio

La suma asegurada más alta mencionada entre los 141 casos no supera los 140.000€. Esto se debe a los límites establecidos por edad y capital para la selección de riesgos sin pruebas médicas.

Para facilitar el negocio, disminuir el coste de la selección y ajustar el precio de la prima se ha venido aumentando el límite de capital que requiere únicamente declaración de estado de salud (DES).

La tabla siguiente muestra las sumas aseguradas y su distribución en los 3 años.

TABLA 9.

Año / Suma asegurada	< 0 = 15.000€	15.000 a 35.000€	35.000 a 60.000€	60.000 a 140.000€	> 140.000€	N/A	TOTAL
2007	6	12	13	10	0	10	51
2008	9	8	15	12	0	7	51
2009	4	7	8	13	0	7	39
Total	19	27	36	35	0	24	141

En conjunto la suma asegurada media de las sentencias analizadas se encuentra 35.000 y 140.000€

TABLA 10.

Suma asegurada	%
35.000 a 60.000€	25,53
60.000 y 140.000€	24,82
15.000 a 35.000€	19,15
N/A	17,02
< 0 = 15.000€	13,48

Debemos destacar que casi el 14% de los casos tenían una suma asegurada menor de 15.000€.

Este hecho debe invitar a reflexionar sobre los motivos que pueden llevar a juicio a seguros con cantidades muy pequeñas: 2.700, 2.800 ó 3.200€ como aparecen en algunas de las sentencias analizadas.

Las compañías de seguros y banca seguros deben pensar sobre los ajustes de primas y el riesgo que están dispuestas a asumir.

El desglose por años muestra un ligero aumento de la suma asegurada en el año 2009.

Las sumas aseguradas menores de 15.000€ están presentes en cada uno de los tres años estudiados.

TABLA 11.

2007

Suma asegurada	%
35.000 a 60.000€	25,49
60.000 y 140.000€	19,61
15.000 a 35.000€	23,53
N/A	19,61
< 0 = 15.000€	11,76

Continúa

TABLA 11. Continuación

2008		2009	
Suma asegurada	%	Suma asegurada	%
35.000 a 60.000€	29,41	35.000 a 60.000€	20,51
60.000 y 140.000€	23,53	60.000 y 140.000€	33,33
15.000 a 35.000€	15,69	15.000 a 35.000€	17,95
N/A	16,73	N/A	17,95
< 0 = 15.000€	17,65	< 0 = 15.000€	10,26

c) Tipo de cuestionario utilizado

El tipo de cuestionario utilizado responde a los requisitos del cuadro por edad y capital definidos por cada compañía aseguradora. En general solo se utiliza un cuestionario corto, es decir de entre 5 y 10 preguntas, para los capitales por debajo de 120.000 a 150.000€, dependiendo de cada entidad.

La tabla a continuación muestra el tipo de cuestionario utilizado de acuerdo con la exposición descrita en cada caso.

TABLA 12.

Tipo de cuestionario	Corto	Largo	No hay/na
2007	42	4	5
2008	47	0	4
2009	32	2	5
Total	121	6	14
%	85,82	4,26	9,93

Solo en aproximadamente un 4% de los casos se ha utilizado un cuestionario largo, es decir más detallado y en un 10% de las sentencias no se hace ninguna mención al cuestionario de salud.

En casi el 87% de los casos se hace una mención específica del cuestionario, sobre todo en relación con el artículo 10 de la LCS.

d) Preguntas del cuestionario de salud. Pregunta trampa

Se denomina Declaración de estado de salud (DES) a los cuestionario de muy pocas preguntas y cuestionario medico a aquellos que contienen más de 10 preguntas. Sin embargo no hay unanimidad en la terminología, empleándose indistintamente cualquiera de los términos.

Todas las preguntas van encaminadas a encontrar patologías importantes que supongan una posible mortalidad o invalidez.

Una suma asegurada de hasta 60.000€ suele tener un cuestionario de 5 preguntas.

De las sentencias estudiadas se han podido obtener los siguientes ejemplos de cuestionarios:

Ejemplo 1

1. ¿Su estado de salud le impide ejercer su actividad profesional o cualquier otra actividad remunerada durante la jornada laboral?
2. ¿Su agudeza visual sobrepasa seis dioptrías, tanto por miopía, hipermetropía como por astigmatismo?
3. ¿Padece o ha padecido algún tipo de enfermedad (crónica o aguda) que le haya dejado alguna secuela, que necesite o haya necesidad de algún tratamiento médico, régimen y/o intervención quirúrgica?
4. ¿Ha sido víctima de algún accidente a consecuencia del cual le haya quedado algún defecto físico o alguna secuela?

Ejemplo 2

1. ¿Ha padecido o padece alguna enfermedad que le haya obligado a interrumpir su jornada laboral, a estar bajo supervisión/tratamiento médico durante más de 15 días?
2. ¿Tiene alguna alteración física, ha sufrido algún accidente/intervención quirúrgica y/o le ha sido concedida algún tipo de invalidez?
3. ¿Le han aconsejado someterse alguna prueba especial (Scanner, Resonancia Magnética, prueba hepática o similar) o seguir algún tipo de tratamiento?

Ejemplo 3

1. ¿Ha padecido o padece enfermedad que le haya obligado a interrumpir su actividad laboral durante más de 15 días seguidos en los últimos cinco años?

2. ¿Ha padecido o padece afecciones de sangre, hígado, infecto contagiosa o de transmisión sexual?
3. ¿Tiene alteración física o funcional, ha sufrido accidente grave, ha sido intervenido quirúrgicamente o ha recibido transfusión de sangre?
4. ¿Le han recomendado consulta médica, hospitalización o sometimiento a tratamiento o intervención quirúrgica?
5. peso y talla
6. tensión arterial
7. ¿Es fumador de más de 40 cigarrillos diarios?
8. ¿Se sometido al test de SIDA o recomendada dicha prueba?
9. ¿Consume habitualmente bebidas alcohólicas, ansiolíticos, estupefacientes o algún otro tipo de medicación?
10. Práctica deportiva
11. Profesión (12)

Ejemplo 4

1. ¿Está Ud. de baja actualmente por enfermedad o accidente?
2. ¿Ha padecido o padece alguna enfermedad que le haya obligado a interrumpir su actividad laboral más de 15 días en el transcurso de los últimos 5 años?
3. ¿Le han recomendado consultar a un médico, hospitalizarse, someterse a algún tratamiento o intervención quirúrgica?
4. ¿Fuma más de 20 cigarrillos diarios?
5. ¿Le han hecho alguna vez un test del Sida con resultado positivo o le ha recomendado hacérselo.
6. Los análisis, pruebas radiológicas y electrocardiogramas realizados en los últimos años, ¿han manifestado alteración o enfermedad alguna?

Ejemplo 5

1. ¿Está usted de baja actualmente por enfermedad o accidente, tiene prevista alguna hospitalización/intervención o consulta médica próxima?
2. ¿Ha padecido o padece alguna enfermedad que le obligara u obligue a seguir revisiones periódicas o tratamiento medico continuado?
3. ¿Tiene alguna alteración física, ha sufrido algún accidente/intervención quirúrgica y/o le ha sido concedida algún tipo de incapacidad?
4. ¿Le han aconsejado someterse a alguna prueba especial (Ecografía, TAC, Resonancia Magnética; Pruebas Hepáticas u otras) o seguir algún tipo de tratamiento?

El cuestionario que aparece a continuación es un ejemplo de cuestionario que se rellena automáticamente en una sucursal bancaria.

1. ¿Ha padecido o padece alguna enfermedad o afección crónica con necesidad de control medico o tratamiento durante tiempo superior a 15 días consecutivos? - Sí - No
2. ¿Esta o ha estado sometido a algún tratamiento medido o psiquiátrico durante tiempo superior a 15 días, o a rehabilitación? - Sí - No
3. ¿Esta Ud. de baja medica laboral o tiene alguna minusvalía o limitación por enfermedad o accidente? - Sí - No
4. ¿Tiene prevista alguna consulta/revisión o prueba medica diagnostica, análisis, radiografía, TAC/scanner, resonancia (no tenga en cuenta chequeos rutinarios)? - Sí - No
5. ¿Tiene o ha tenido cifras altas de tensión arterial o ha tenido elevación de glucosa, colesterol, de valores hepáticos o es positivo para VIH o hepatitis en análisis de dos últimos años? - Sí - No

Indique cual, desde cuando y el tratamiento seguido

6. ¿Le han concedido o esta tramitando un expediente de incapacidad? - Sí - No
7. ¿Ha habido entre sus ascendientes o hermanos padecimientos antes de los 65 años por alguna de las enfermedades siguientes: cardiacas, cerebrovasculares, renales, psiquiátricas, Alzheimer, diabetes, cáncer? - Sí - No
8. ¿Es usted fumador o consume bebidas alcohólicas? - Sí - No
9. Indique peso
10. Indique talla

De la interpretación de los argumentos de las partes demandadas y mi experiencia en el análisis de los distintos cuestionarios, declaraciones de salud y exámenes médicos, he encontrado un término muy adecuado para aquellas preguntas que pretenden englobar todo el concepto de riesgo en una respuesta simple. **La pregunta trampa.**

Esta pregunta para la **cobertura de fallecimiento** es aquella que intenta averiguar en un monosílabo si el asegurado se encuentra bien de salud. Algo así como:

“¿Se encuentra usted en buen estado de salud?”

Es obvio que para cualquier diabético en tratamiento y bien controlado la respuesta a esta pregunta es **Si** y **¡No estaría mintiendo!**

Sin embargo, debería responder que está en tratamiento para la diabetes, que por otro lado no es una enfermedad grave, pero si muy importante en la

selección de riesgos y con una importante sobreprima en la cobertura de fallecimiento y un rechazo de la cobertura de invalidez.

Para la cobertura de invalidez sería aquella que preguntase algo así como:

¿Ha estado usted de baja en su trabajo más de 15 días o se encuentra limitado en sus capacidades?

Desafortunadamente la redacción de esta pregunta da pie a que la respuesta sea NO y ¡No estaría mintiendo!

Cualquier patología invalidante bien tratada y controlada puede no generar bajas hasta pasado mucho tiempo después de la contratación y permite al asegurado no ser consciente de su condición.

En resumen:

El modo en que se redactan las preguntas es primordial para que el solicitante comprenda la importancia de cualquier proceso que padezca.

A consecuencia de una redacción excesivamente amplia y farragosa la mayoría de los casos permite demostrar que el solicitante no ha cometido dolo, ni era su intención, ya que las preguntas a las que se le ha sometido no son ni específicas ni claras.

Muchos de los argumentos expuestos hacen referencia:

- Al concepto de enfermedad grave, que no está definida en ningún sitio y
- La no obligación del candidato de conocer el listado de patologías que pueden tener importantes consecuencias.

Teniendo en cuenta los criterios anteriormente expuestos, la tabla siguiente refleja la mención de dicha pregunta en los casos estudiados.

TABLA 13.

Pregunta trampa	Sí	No/na	Total
2007	15	36	51
2008	7	44	51
2009	10	29	39
Total	32	109	141
%	22,7	77,3	100

En un casi 23% de las sentencias se hace una referencia directa a este tipo de pregunta. En el 77,3% o no se especifica o se describe que pregunta o preguntas fueron los generadores del conflicto.

e) Declaración del riesgo en litigio

Hasta ahora hemos visto que compañías eran demandadas, cuales han sido las ciudades más conflictivas, a que tipo de cuestionario y preguntas se ha sometido al solicitante del seguro. ¿Y qué declara? ¿Cuántas veces el asegurado realmente contesta sobre sus padecimientos?

Según las declaraciones argumentadas en cada caso la tabla a continuación nos muestra cual ha sido el nivel de respuesta.

TABLA 14.

Declaración del riesgo en litigio	Sí		No	Sin relación	No + SR
	Total	Parcial			
2007	0	3	38	8	2
2008	1	1	31	18	0
2009	0	0	31	8	0
Total	1	4	100	34	2
%	0,71	2,84	70,92	24,11	1,42

SI: riesgo declarado: de modo total o parcial.

NO: No mencionado o respondido en las preguntas realizadas

SR o sin relación: patología que se desarrolla con independencia de la enfermedad o condición declarada.

NO + SR: patología que se desarrolla con independencia de la enfermedad o condición no declarada

Los riesgos, es decir, las patologías o enfermedades que pueden originar el siniestro, son contestadas positivamente, en su totalidad o parcialmente, no son mencionadas en absoluto o no tiene relación alguna, tanto con lo declarado como con lo no declarado.

Un ejemplo de este último caso sería el fallecimiento a consecuencia de un tumor en un asegurado que no ha declarado una hipertensión en tratamiento.

La última columna del cuadro reflejaría dicha situación.

TABLA 15.

Declaración del riesgo en litigio	3,55%
Sin declaración del riesgo	70,92%
Riesgo en litigio sin relación con una preexistencia	24,11%
Preexistencia no declarada pero sin relación al siniestro	1,42%

En el 71% de los casos no se ha declarado el riesgo, enfermedad o patología, por lo que la compañía rechaza la cobertura.

En el 24% de los casos el riesgo que genera el rechazo de la cobertura no tiene nada que ver con lo que se ha declarado.

En el 1,42% de los casos no se ha declarado alguna enfermedad o condición y el siniestro generado no tiene relación con este hecho.

En un 3,55% de los casos el riesgo se ha declarado y aun así la compañía ha rechazado el siniestro.

En conclusión, es necesario que el candidato o solicitante del seguro declare su estado de salud no solo para evitar los litigios que esto pueda ocurrir

posteriormente sino para que el cálculo de la prima sea lo más ajustado posible.

f) Diagnósticos asociados a las coberturas

Analicemos ahora a que coberturas corresponden los siniestros estudiados, es decir, fallecimiento o la invalidez.

La tabla a continuación nos muestra la distribución de la siniestralidad producida en cada cobertura entre el 2007 y el 2009.

TABLA 16.

Motivo del siniestro	Fallecimiento	Invalidez	Total
2007	25	26	51
2008	22	29	51
2009	10	29	39
Total	57	84	141
%	40,43	59,57	100

El 40,43% de los casos corresponden a fallecimientos y el 59,57% a la declaración de una invalidez.

El motivo del leve predominio de la invalidez sobre el fallecimiento es debido a que se han producido más situaciones de invalidez en el año 2009 ya que los fallecimientos suelen ser ocurrir algo más tarde que dentro del año de formalización de la póliza.

Existe otro hecho importante que debemos analizar: la existencia de una invalidez previa a la contratación de la póliza.

TABLA 17.

Año / Invalidez previa	SI			NO
	Fallecimiento	Invalidez	SUBTOTAL	
2007	2	7	9	42
2008	1	3	4	47
2009	1	5	6	33
Total	4	15	19	122
%	2,84	10,64	13,48	86,52

El 13,48% de los asegurados tenía una invalidez previa concedida. De estos, el 21,05% corresponden a siniestros por fallecimiento y el 78,92% a siniestros de invalidez.

Existe pues una clara relación entre una invalidez previa a la contratación de la póliza y la aparición de un siniestro por invalidez posterior a su contratación.

Veamos cuales han sido las patologías que han generado los siniestros.

La tabla siguiente muestra los diagnósticos causantes de fallecimiento.

TABLA 18.

Causas del siniestro por fallecimiento	2007	2008	2009	Total	%
Cáncer	11	7	4	22	38,60
Cardiopatía isquémica	0	2	1	3	5,26
Enfermedad pulmonar	5	0	0	5	8,77
Cirrosis hepática	2	4	0	6	10,53
Alcoholismo	0	1	2	3	5,26
Enfermedad digestiva	1	0	0	1	1,75
Accidente de trafico	0	1	0	1	1,75
SIDA	2	0	0	2	3,51
Drogodependencia	0	1	0	1	1,75
Rotura de aneurisma	1	0	0	1	1,75
Cardiopatía	0	3	0	3	5,26
Diabetes Mellitus tipo II	3	2	1	6	10,53
Trombo embolismo	0	1	0	1	1,75
Diagnóstico no disponible	0	0	2	2	3,51
Total	25	22	10	57	100

La causa más frecuente de fallecimiento es el cáncer seguido de la cirrosis hepática y la diabetes. Si unimos la cirrosis al alcoholismo, que puede generar otras patologías secundarias aparte de la hepática, como la depresión, es la segunda causa de muerte, seguida de la diabetes y la cardiopatía de cualquier tipo.

TABLA 19.

Porcentaje	Patología
38,6	Cancer
10,53	Cirrosis Hepatica

continua

Continuación TABLA 19.

Porcentaje	Patología
10,53	Diabetes
10,52	Cardiopatía De Cualquier Causa
8,77	Enfermedad Pulmonar
5,26	Alcoholismo
3,51	Sida
3,51	Diagnóstico No Disponible
1,75	Resto

Veamos ahora cuales han sido las causas que han generado los siniestros por invalidez.

TABLA 20.

Causas del siniestro por fallecimiento	2007	2008	2009	Total	%
Cáncer	0	1	1	2	2,38
Artropatía degenerativa	2	2	3	7	8,33
Cirrosis hepática	1	0	1	2	2,38
Insuficiencia renal	1	0	0	1	1,19
Diagnostico no disponible	4	1	6	11	13,10
Esclerosis múltiple	1	1	2	4	4,76
HTA	2	0	0	2	2,38
Enfermedad psiquiátrica	5	13	7	25	29,76
Alteraciones funcionales	4	1	1	6	7,14
ACV	1	1	1	3	3,57
Cardiopatía	1	4	1	6	7,14
Diabetes Mellitus	2	1	2	5	5,95
COPD	1	0	0	1	1,19
Discrasia sanguínea	1	1	0	2	2,38
Traumatismo	0	2	1	3	3,57
Enfermedad digestiva	0	1	1	2	2,38
Fibromialgia	0	0	2	2	2,38
Total	26	29	29	84	100

La causa más frecuente de invalidez ha sido la enfermedad psiquiátrica.

La falta de diagnóstico ocupa el segundo lugar, este alto porcentaje nos da pie a ahondar en la confección de las preguntas y el modo más idóneo de obtener una información clara, rápida y concisa sobre el estado de salud del solicitante.

Al igual que en los casos de fallecimiento, si unimos las alteraciones funcionales a la artropatía degenerativa, que por otro lado, también genera una limitación funcional y a los traumatismos, obtendríamos un 19,04% colocándose como la segunda causa de invalidez.

Es importante destacar la aparición de la diabetes. Esta patología es de gran importancia dentro de la llamada medicina social. Los gobiernos destinan gran cantidad de recursos en informar y controlar a estos pacientes, quienes por otro lado, al estar bien atendidos y en excelentes condiciones de salud no catalogan su enfermedad dentro del concepto común de enfermedad grave.

Entonces, *¿Realmente comete algún error el asegurado en declara que esta en perfecto estado de salud a pesar de padecer una diabetes?*

Es obvio que la contestación a dicha pregunta nos llevaría a un amplio debate. Para evitarlo, la solución es bien sencilla: **No poner** al

candidato en la tesitura de catalogar su enfermedad, simplemente debemos preguntarle si la padece.

Ranking de patologías generadores de invalidez:

TABLA 21.

Porcentaje	Patología
29,76	Enfermedad psiquiátrica
13,1	Diagnostico no disponible
8,33	Artropatía degenerativa
7,14	Alteraciones funcionales
7,14	Cardiopatías
5,95	Diabetes
4,76	Esclerosis múltiple
3,57	Traumatismos
3,57	Acv
2,38	Cancer
2,38	Cirrosis
2,38	Hta
2,38	Discrasia sanguínea
2,38	Enfermedad digestiva
2,38	Fibromialgia
1,19	Enfermedad respiratoria
1,19	Insuficiencia renal

Si analizamos la etiología de las enfermedades psiquiátricas declaradas nos encontramos las situaciones:

TABLA 22.

Año	Total trastorno psiquiátrico	Aislada		Asociada a	
		Estrictamente psiquiátrico	Artropatía	Alcohol y/o drogas	Enfermedad orgánica
2007	5	5	0	0	0
2008	13	7	3	2	1
2009	7	2	4	1	0
Total	25	14	7	3	1
%	100	56	28	12	4

El 56% de los casos se trata de un trastorno estrictamente psiquiátrico, y el 44% esta asociado a artropatía, consumo de alcohol y/o drogas o es secundario a un trastorno orgánico.

Por lo tanto, no solo nos interesa si el candidato se encuentra en buen estado o no ha faltado a su trabajo más de 15 días, sino que hábitos de vida tiene y si es funcionalmente independiente.

g) Sentencias iniciales de los casos elegidos

Después de analizar la declaración del riesgo, veamos cual fue la decisión inicial cuando el conflicto entre la aseguradora y el asegurado se lleva la juzgado.

Se han definido dos posiciones judiciales con respecto a la decisión de la aseguradora sobre el siniestro:

1. De acuerdo con el rechazo de la compañía de seguros.
2. En contra del rechazo.

La tabla a continuación nos muestra cual ha sido el resultado:

TABLA 23.

Sentencias	De acuerdo con el rechazo	En contra del rechazo	Total
2007	30	21	51
2008	29	22	51
2009	18	21	39
Total	77	64	141
%	54,61	45,39	100,00

Podemos ver claramente que no gana nadie. En un 54,61% de los casos la sentencia inicial da la razón a la aseguradora y en un 45,39% de los casos al asegurado.

¿Es verdad entonces el dicho popular que dice que el juez siempre da la razón a la parte más débil?

b) Decisión del Tribunal Supremo

Veamos cual fue la respuesta del Tribunal Supremo.

Para analizar su decisión se han elegido dos criterios:

1. De acuerdo con la sentencia inicial.
2. En contra de la sentencia inicial.

TABLA 24.

Sentencias de supremo	De acuerdo con la sentencia inicial	En contra de la sentencia inicial	Total
2007	35	16	51
2008	35	16	51
2009	27	12	39
Total	97	44	141
%	68,79	31,21	100,00

El Supremo está de acuerdo con la sentencia inicial en un abrumador casi 70% de los casos, revo-

cando la decisión inicial en algo más del 30% de las sentencias.

i) Análisis de la decisión del Tribunal Supremo

Después del análisis de las cuestiones tratadas en las sentencias estudiadas y teniendo en cuenta mi experiencia en sector asegurador y más específicamente en la selección de riesgos, he profundizado en dichas decisiones.

La tabla a continuación expresa mi acuerdo y desacuerdo con tales decisiones, siempre según mi criterio y experiencia.

TABLA 25.

Sentencias de supremo	De acuerdo con la sentencia Tribunal Supremo	En contra de la sentencia Tribunal Supremo	Total
2007	42	9	51
2008	42	9	51
2009	29	10	39
Total	113	28	141
%	80,14	19,86	100,00

En algo más del 80% de los casos estoy de acuerdo con la decisión tomada y en un casi 20% no coincido con tal decisión.

Tengo que puntualizar que no estoy analizando si realmente la decisión judicial es o no correcta desde el estricto punto de vista de la selección de riesgos.

Simplemente he aplicado una visión general y completa de los hechos que se relatan y considerado los fallos y defectos de forma en el proceso de venta y selección de riesgos por parte de la aseguradora.

Esto quiere decir que unas veces la aseguradora no actúa de forma adecuada rechazando siniestro que si tendrían cobertura y otras veces es el asegurado quien no declara su estado real de salud, bien por desconocimiento, mala interpretación o falta de entendimiento del fundamento del seguro.

El los cuadros que aparecen a continuación expongo los motivos de mi discrepancia.

TABLA 26.
Casos en desacuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo año 2007

Tipo de siniestro	Diagnostico	Compañía	Cantidad	Sentencia inicial	Sts	Motivo
Fallecimiento	Diabetes	xxxxxx	< 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara el riesgo. El perito corrobora la situación médica. La compañía ofrece le pago proporcional (+150 en fallecimiento y rechazo en invalidez)
Fallecimiento	Adenoma de páncreas	xxxxxx	Entre 60.000€ y 140.000€	En contra del rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. No hay nexo de causalidad entre una diabetes no declarada y el cáncer de páncreas. Solo mayor probabilidad. Se debería haber aplicado el pago proporcional
Fallecimiento	Cirrosis alcohólica / hemorragia digestiva alta	xxxxxx	< 35.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara el riesgo. Se debía de haber solicitado un perito. Hay un nexo de causalidad directo
Fallecimiento	Enfisema pulmonar	xxxxxx	< 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara riesgo. Tenia invalidez previa concedida y lo oculta Declaración rellenada por staff bancario Invalidez cobrada a través del banco
Invalidez	Caída con limitación funcional	xxxxxx	< 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara el riesgo. Hay un nexo de causalidad directo entre la caída y la invalidez
Invalidez	Accidente cerebrovascular	xxxxxx	< 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara el riesgo (HTA) Claims based vs occurred based. Se considera el inicio del pago cuando la SS dicta la invalidez, no cuando se produce la ACV

Tipo de siniestro	Diagnostico	Compañía	Cantidad	Sentencia inicial	Sts	Motivo
Fallecimiento	Fibrosis pulmonar	xxxxxx	< 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Estaba en tratamiento desde hacía muchos años y pendiente de trasplante pulmonar. Alega cuestionario poco definido para expresar la patología.
Fallecimiento	Diabetes + EPOC	xxxxxx	< 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía paga	No declara el riesgo. Tenía síntomas que no declara. Declaración rellena por staff del banco. Se debería haber pedido informe pericial. Se debería haber aplicado el pago proporcional
Fallecimiento	Enfermedad pulmonar	xxxxxx	< 15.000€	En contra del rechazo de la compañía	En contra. Rechazo del siniestro	No declara el riesgo y tenía síntomas. El caso no debía de haber llegado a juicio.

TABLA 27.
Casos en desacuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo año 2008

Tipo de siniestro	Diagnostico	Compañía	Cantidad	Sentencia inicial	Sts	Motivo
Fallecimiento	Sin causa	xxxxxx	< 35.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroboración sentencia	No declara el riesgo. Antecedente de infarto agudo de miocardio. Se debería haber aplicado el pago proporcional.
Fallecimiento	Alcoholismo	xxxxxx	< 15.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Hay nexo de causalidad entre la muerte y el alcoholismo. Muere 3 años después. Se debería haber aplicado el pago proporcional en función del grado de alcoholismo.
Invalidez	Esclerosis múltiple	xxxxxx	< 35.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroboración sentencia. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Conocía el diagnóstico con informe de ingreso hospitalario. Alega póliza rellena por el personal del banco para operación financiera
Invalidez	Diabetes Mellitus II complicada con coronariopatía	xxxxxx	< 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroboración sentencia	No declara riesgo. Si hubiera declarado la enfermedad la invalidez no hubiera estado cubierta. Alega seguro ligado a operación financiera. El perito solo corrobora que no tenía impedimentos para realizar su trabajo pero no indica que la diabetes se complica con problemas vasculares que originan la coronariopatía.

TIPO DE SINIESTRO	DIAGNOSTICO	COMPAÑÍA	CANTIDAD	SENTENCIA INICIAL	STS	MOTIVO
Invalidez	Depresión	xxxxxx	Entre 15.000 y 35.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Conocía la enfermedad y alega que el cuestionario lo relleno la correduría
Invalidez	Depresión + espondiloartritis	xxxxxx	Entre 60.000€ y 140.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo y tenía una invalidez del 35% concedida que no declara. Alega seguro ligado a operación financiera.
Invalidez	Fibromialgia + síndrome de hipercoagulabilidad + TVP	xxxxxx	< 15.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Conocía el diagnóstico y si lo hubiera declarado la invalidez estaría excluida. Alega seguro ligado a operación financiera.
Fallecimiento	Hemorragia cerebral + consumo parenteral de drogas + HIV positivo	xxxxxx	< 15.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Se debería haber aplicado el pago proporcional si procediere al declarar el consumo de drogas. Declaración solo de que fuma y es consumidor esporádico de coca. Hay nexo de causalidad directa entre consumo de drogas y hemorragia cerebral.

TABLA 28.
Casos en desacuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo año 2009

Tipo de siniestro	Diagnostico	Compañía	Cantidad	Sentencia inicial	Sts	Motivo
Invalidez	Esclerosis Múltiple	xxxxxx	Entre 35.000€ y 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. La compañía se aviene al pago proporcional Tiene síntomas que no declara y periodos de baja de < 15 días.
Invalidez	Cirrosis hepática + trastorno ansioso depresivo	xxxxxx	Entre 35.000€ y 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Alega póliza rellena por el personal del banco para operación financiera. Oculta otra patología menor (litisias biliar y renal) que hubieran generado la solicitud de informa medico donde se hubiera visto su dependencia al alcohol.
Invalidez	Glaucoma + desprendimiento de retina	xxxxxx	Entre 60.000€ y 140.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	Hay informe pericial que corrobora el riesgo. Alega póliza rellena por el personal del banco para operación financiera y el director del banco no da importancia a la declaración del asegurado perjudicándole. La aseguradora le sigue cobrando la prima
Fallecimiento	Alcoholismo+ tabaquismo+ miocardiopatía dilatada + insuficiencia cardiaca congestiva	xxxxxx	Entre 35.000€ y 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara riesgo Alega seguro ligado a operación financiera y relleno de forma automática pasándose a firmar por el asegurado.
Invalidez	Trastorno ansioso depresivo posttraumático	xxxxxx	Entre 15.000 y 35.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroborra sentencia	No declara el riesgo. Hay nexo de causalidad entre episodio pasado y el trastorno que causa la invalidez.

Tipo de siniestro	Diagnostico	Compañía	Cantidad	Sentencia inicial	Sts	Motivo
Invalidez	Lesión degenerativa en rodilla + trastorno mixto de la personalidad	xxxxxx	Entre 60.000€ y 140.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroboración sentencia	No declara el riesgo. Nexo de causalidad. Si hubiera declarado el riesgo no tendría cobertura de invalidez. Hay informe médico que corrobora el estado previo.
Invalidez	Osteosíntesis de cadera izquierda + lesión de ciático+ osteosíntesis de hombro derecho por caída con limitación funcional	xxxxxx	Entre 60.000€ y 140.000€	En contra del rechazo de la compañía	En contra. La compañía rechaza el riesgo	No hay nexo de causalidad, solo predisposición por osteosíntesis anterior en cadera contra lateral. El resto de la limitación del movimiento se produce dentro de la cobertura de la póliza.
Invalidez	Infarto agudo de miocardio+ insuficiencia renal+ artritis reumatoide	xxxxxx	Entre 35.000€ y 60.000€	En contra del rechazo de la compañía	Corroboración sentencia	No declara el riesgo base la artritis reumatoide. Hay nexo de causalidad entre la artritis reumatoide y otras lesiones. Conoce el riesgo y alega cuestionario rellenado por el agente del banco.
Fallecimiento	Tumor supraclavicular	xxxxxx	Entre 35.000€ y 60.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Tiene conocimiento de la gravedad antes de formalizar la póliza.
Invalidez	Fibromialgia + síndrome de fatiga crónica	xxxxxx	< 15.000€	De acuerdo con el rechazo de la compañía	En contra. La compañía debe pagar	No declara el riesgo. Hay nexo de causalidad y si hubiera declarado el riesgo la invalidez estaría incluida.

j) Argumentos que se alegan en las sentencias

Los diferentes argumentos encontrados en las sentencias estudiadas se agrupan según los siguientes criterios:

Los argumentos utilizados por las partes en la exposición de los casos se han clasificado en tres grandes apartados:

- Venta del seguro
- Proceso de gestión de la póliza
- Declaración del riesgo

Cada apartado contiene la enumeración los argumentos que definen el entorno en el que se han producido los hechos.

Venta del seguro:

- Seguros de vida e invalidez vinculados a operaciones financieras, que llegan a ser de obligado cumplimiento.
- Personal bancario poco preparado y nada conocedor de la operativa del seguro.
- Combinación de vendedor del seguro poco preparado y abuso del asegurado.
- Declaración de estado de salud (DES) rellenada por el agente o personal del banco.
- DES informatizada.
- Cambio de compañía de seguros que debe asumir el riesgo previo al ser de continuidad.
- Cambio obligado de compañía de seguros dentro del mismo grupo.
- Póliza colectiva con cambio de compañía y riesgos declarados.
- Póliza firmada por el agente.
- Seguro ligado a la eliminación de las comisiones en tarjetas de crédito.
- Póliza de seguro de vida e invalidez ligada a la compra de coche sin DES.
- El agente y el notario acuden a la clínica donde esta ingresado el solicitante para la firma de la póliza y documentación sin DES.
- Deportista que no declara bien su profesión por asesoramiento inadecuado del agente.
- El solicitante cobra la pensión de invalidez en el mismo banco que contrata el seguro vinculado a operación financiera.

Proceso de gestión de la póliza:

- Solicitud de devolución de primas una vez ocurrido el siniestro y no notificado.

- Se cobra la prima antes de procesar la DES.
- Notificación de invalidez a la aseguradora que tarda dos años en contestarle pero le sigue cobrando la prima.
- Solicitud de informes médico que no tiene seguimiento.
- Continuación con otra póliza por aumento de capital y no se hace una nueva DES.
- Asegurado que deja de pagar primas al notificar el siniestro.
- Pago de intereses y capital en función de Claims based versus Ocurrence based, sobre todo en la cobertura de invalidez.
- Notificación de invalidez total, la aseguradora continúa cobrando la prima y rechaza el siniestro cuando presenta la invalidez absoluta.
- Impago de prima y aseguradora que no reclama ni rescinde el contrato y solo responde para rechazar el siniestro cuando este se declara.
- Póliza firmada por el esposo con pagos aceptados por la esposa.
- Obligación de notificar cambio en la situación de salud del asegurado a lo largo de la vida de la póliza.
- Falta de gestión de pago proporcional para riesgos no declarados en vez de rechazo inmediato.
- Pólizas de suma asegurada menor de 4.000€ que debían ser negociadas sin permitir juicio.

Declaración del riesgo:

- Cuestionario que no define bien el riesgo.
- Se habla de enfermedad grave sin proporcionar una definición clara.
- Ocultación de historia medica:
 - • Ocultación de periodos de invalidez previos a la contratación de la póliza.
 - • No declaración de seropositividad cuando no hay preguntas sobre ello.
 - • No declaración de un riesgo que no tiene ninguna relación con la patología que causa el siniestro.
 - • Invalidez concedida previa a la formalización de la póliza.
 - • Ingreso hospitalario previo a la contratación de la póliza.
 - • Patología desde la infancia que no es declarada y aparece en la concesión de la invalidez.
 - • Estando de baja solicita préstamo con seguro obligado.
- Riesgo no declarado porque el operario del banco no lo considera oportuno.
- Riesgo no declarado por que el solicitante no es consciente del riesgo.

- Síntomas postraumáticos que no pueden considerarse preexistencia.
- Accidente de tráfico que reaviva un episodio distímico relacionado con el parto.
- Aparición de cánceres inmediatamente después de la contratación de la póliza donde la sintomatología previa es difícil de probar.
- Cáncer que no tiene nada que ver con un riesgo no declarado en la DES.
- Síntomas diagnosticados como normales previos a la contratación que luego degeneran en cáncer.
- Declaración de un riesgo sobre el que no investigan y luego rechazan.
- Patología asintomática en el momento de contratación de la póliza.
- Enfermedad declarada en póliza inicial que se continúa con otras pólizas con siniestro rechazado.

- Trabajador de la ONCE con paraplejía que declara su profesión y solicita préstamo en entidad donde cobra la invalidez con situación evidente al ir en silla de ruedas.
- Informes periciales que corroboran el estado de riesgo previo.
- Informes periciales que no evalúan el riesgo adecuadamente perjudicando a una de las partes.

k) Artículos mencionados en la argumentación de la defensa

El artículo 10 de la LCS es normado en prácticamente la totalidad de las sentencias, el artículo 20 en un 34% y el artículo 89 en un 16%.

TABLA 29.

Ley	LCS			LEG		
	Año/ Artículos	Art. 20	Art. 89	Art. 10	1885 21	1881
2007	9,80	0,00	100,00	15,69	7,84	7,84
2008	49,02	23,53	82,35	0,00	1,96	7,84
2009	46,15	28,21	92,31	7,69	2,56	5,13
Total	34,04	16,31	91,49	7,80	4,26	7,09

Argumentos más utilizados relacionados con el artículo 10:

- Cuestionario firmado por el agente o personal bancario lo que es equivalente a la no existencia de cuestionario.
- Cuestionario con preguntas poco claras o muy generales que no permiten al tomador expresar la enfermedad o trastorno que padece.
- Si transcurrido 1 mes el asegurador podría rescindir el contrato si encuentra alguna irregularidad. Si no lo hace se entiende que no ha encontrado ninguna.
- El pago proporcional podría aplicarse en caso de que el riesgo que ha producido el siniestro se hubiera declarado.
- No se puede culpar de dolo al asegurado cuando este no es preguntado de manera adecuada por su estado de salud. No se le puede culpar de ocultación de la información ya que el tomador no conoce la trascendencia de su padecimiento ni que significa esto para la compañía de seguros.

- Dolo hace referencia a la intencionalidad del tomador para ocultar la verdad y por lo tanto tipifica la falta. Como no se hacen las preguntas adecuadas, el cuestionario no define específicamente la enfermedad padecida o el asegurado no es consciente de su enfermedad no se puede decir que haya existido dolo y por lo tanto la aseguradora no puede eximirse del pago de la prestación.
- Si el riesgo causante del siniestro no tiene nada que ver con los riesgos no declarados la aseguradora está exonerada del pago de la prestación.

Argumentos relacionados con el artículo 20:

Este artículo se relaciona en la mayoría de los casos con:

- Las decisiones judiciales sobre pago de los intereses estipulados cuando las sentencias están en contra del rechazo de la aseguradora.

- El establecimiento del momento a partir del cual se debe abonar los intereses: Claims based versus Occurrence based. Este argumento sobre todo se utiliza en las prestaciones de invalidez, donde la compañía solicita el pago a partir de la notificación al asegurador y no cuando el asegurado recibe la concesión oficial de la invalidez o cuando los síntomas generadores de la prestación se ponen de manifiesto.

Argumentos relacionados con el artículo 89:

Este es artículo de la LCS menos nombrado. Su utilización va asociada al claro dolo cometido por el tomador que exonera al asegurador del pago de la prestación.

Otros artículos mencionados: 1885/21, LEG 1881 y LEG 1889/27:

Estos están siempre relacionados con del código de comercio que regulan los contratos mercantiles y la definición de las obligaciones de las partes y aluden a como hoy en día dichos artículos se encuentran reflejados en el artículo 10 de la LCS.

5. Conclusiones

Después del análisis de las sentencias elegidas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La sentencias se refieren a sumas aseguradas por debajo de 140.000€, es decir, aquellos seguros que para realizar la selección de riesgos presentan al candidato una cuestionario de no más de 10 preguntas.
Para sumas aseguradas mayores el proceso pasa por un examen médico y la realización de una batería de pruebas adicionales: analítica de sangre y orina, electrocardiograma, prueba de esfuerzo y ecodoppler, según el cuadro de requerimientos.
La evidencia médica que se refleja con estas pruebas no permite utilizar el artículo 10 de la LCS del modo que se ha hecho en las sentencias analizadas. Las preguntas son más claras y específicas y las contestaciones son confirmadas por el médico examinador. Esto no quiere decir que el examen médico sea la solución puesto que también puede dar origen a malas interpretaciones y tiene un coste más elevado.

De todo ello podemos apreciar **conflictos a la hora de recabar información sobre el estado de salud** del solicitante del seguro.

2. Del análisis de los cuestionarios que se presentan al candidato podemos decir:
 - Se utilizan preguntas generales, densas, largas y poco definitorias de un estado de salud.
 - La patología que pueda padecer el candidato es difícilmente identificable en algunos casos.
 - Pueden aparecer bloques fijos de preguntas como peso, altura, consumo de tabaco y alcohol que se rellenan automáticamente sin su comprobación.

Como consecuencia de tales características los cuestionarios han originado rechazos o pagos de prestaciones que nos se deberían de haber producido.

Por lo tanto, **la redacción de las preguntas del cuestionario** sobre la declaración de salud debe ser cuidadosamente estudiada para evitar conflictos a la hora de presentarse el siniestro.

3. Una gran parte de los casos se encuadran dentro de Bancaseguros, aunque ya se ha mencionado que dentro de los de seguros tradicionales pueden encontrarse seguros ligados a operaciones financieras gracias a alianzas estratégicas entre entidades financieras y compañías de seguros.

La venta de la Bancaseguros se realiza:

- En entidades bancarias.
- Por personal poco conocedor del proceso asegurador.
- Por vinculación obligatoria del seguro a la operación financiera.
- Sin un cuidadoso estudio de los requisitos de la póliza.
- Dentro de un entorno hostil para la declaración de la situación personal de salud.

La venta del seguro tradicional ha mostrado principalmente:

- Agentes poco cuidadosos en la cumplimentación de las declaraciones.
- Brokers, corredurías o agentes que no han aplicado bien las normas de contratación y cumplimentación de firma.

De todo esto podemos concluir que la **cumplimentación de la declaración no se ha desarrollado en el entorno adecuado**, bien porque pri-

ma la operaron financiera o porque el estado de salud del candidato requería una intimidad distinta a la presente.

4. Muchos de los casos estudiados hacen referencia a sumas aseguradas por debajo de 60.000€. Parece difícil entender que se permita pleitear por cantidades entre 2.700 y 3.200€.

Los bancos y muchas compañías de seguros tienen abogados en platilla cuya única tarea es la resolución judicial de los conflictos. En la mayoría de los casos se aplica el principio de ejemplaridad. Con esto se advierte al consumidor que las normas están para que las cumplamos todos.

Es importante destacar que la labor del selector de riesgos y gestor del siniestro es conocer todo lo ocurrido dentro del proceso, desde la recopilación de la información hasta la comunicación del siniestro y conocer la Ley del Contrato de Seguro para evitar lo más posible gastos innecesarios, como los procesales y modificar aquellos puntos del proceso que no se realizan adecuadamente. Entre los casos estudiados hemos visto sentencias que rechazan prestaciones a trastornos que no se pueden considerar preexistencias o que no tienen ninguna relación con otro riesgo no declarado.

Por lo tanto los departamentos **de selección de riesgos no siempre tienen los conocimientos suficientes**, tanto técnico como jurídico del proceso de selección.

Las soluciones que se presentan hoy en día para solventar las consecuencias de los fallos en el proceso de selección de riesgos son:

1. **La introducción de las nuevas tecnologías en el proceso de selección.**
2. **El outsourcing de la selección de riesgos.**

La introducción de las nuevas tecnologías en el proceso de selección

Las nuevas tecnologías se refieren a la utilización de sistemas expertos con motores de reglas que permiten la utilización de programas informáticos para agilizar todo el proceso.

Esto supone:

1. *Cambio en la formalización del cuestionario:*

- *Cumplimentación:*
 - telefónica.
 - tOn-line.

- *Grabación de la conversación.*
 - *Preservación de la intimidad del candidato.*
2. *Cuestionario médico preciso y directo que permite identificar el estado de salud con independencia de la suma asegurada.*
 3. *Respuesta inmediata de acuerdo a los riesgos declarados: aceptación, sobreprima o rechazo*
 4. *Gestión de pruebas adicionales o informe médicos necesarios para la total cumplimentación del expediente*
 5. *Un ahorro en recursos humanos, económicos y de tiempo*
 6. *Un exhaustivo control de calidad que lleva a la disminución de la siniestralidad*

El outsourcing de la selección de riesgos

El coste de un buen departamento de selección de riesgos puede llegar a ser muy alto. Por ello la posibilidad de externalizar los procesos más costosos y conflictivos permite incrementar la calidad del servicio y del producto sin aumentar el gasto.

La externalización es muy común en productos de seguros no dedicados a la vida como es el Multirriesgo de hogar o la reparación de coches.

Su utilización en los seguros de vida ha sido impulsada por la aparición de la Bancaseguros ya la necesidad de ahorrar tiempo y dinero en los procesos de selección.

Este servicio está sufriendo una gran transformación con la incorporación de las nuevas tecnologías a la gestión de los distintos procesos de seguros y la demanda de una mayor calidad de servicio

Legislación

Obviamente la legislación se verá obligada a ajustarse a estas nuevas formas de trabajo donde el papel puede desaparecer y dejar paso a grabaciones, firmas electrónicas y procesos electrónicos que permitirán documentar las acciones llevadas a cabo con gran exactitud.

6. Bibliografía

- LCS.
- *Sentencias obtenidas en búsqueda de jurisprudencia en Westlaw-Aranzadi.*
- R.D.C. Brackenridge y W. John Elder, *Medical Selection of Life Risk*. ISBN: 0-33-695232, 1998, Macmillan Reference Ltd.

- *El deber de declaración de riesgo en el contrato de seguro*. ISBN: 8493530077, 2007, Editorial: Ratio Legis.
- *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* ISBN: 8484424618 Editorial: Tirant lo blanch Año 2002.
- Herminia Campuzano Tomé. *El cumplimiento del deber de declaración del riesgo*. Revista de Derecho Patrimonial num. 21/2008 2. BIB 2008\1650.

Jurisprudencia del año 2007

1. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: inexistencia: seguro de vida e invalidez: declaración del padecimiento de poliomiélitis grave que afectaba desde la niñez a la pierna derecha del asegurado: omisión de una fractura de rótula en esa pierna de la que había sido ya dado de alta: limitada relevancia en el estado declarado por el asegurado: invalidez reconocida por fractura en la pierna izquierda vigente el seguro: RECARGO POR DEMORA: casuística jurisprudencial: procedencia: ausencia de causa justificada para el pago: inexistencia de discusión sobre el hecho determinante de la incapacidad asegurada, de reclamación manifiestamente exagerada y de omisiones relevantes en la declaración del riesgo.
TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1173/2007 de 8 noviembre. RJ 2007\8104
2. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: cláusula de incontestabilidad o inimpugnabilidad del contrato por el asegurador a consecuencia de una declaración inexacta o errónea del tomador: plazo de caducidad: alcance: comprende tanto la posibilidad de rescindir el contrato como la de reducir proporcionalmente la diferencia entre la prima convenida y la aplicable: SEGURO DE VIDA: declaración inexacta del asegurado en el cuestionario de salud: omisión de diabetes sin incidencia en su posterior fallecimiento: imputabilidad a leve falta de diligencia y no a dolo: transcurso del plazo de un año para impugnarlo desde la perfección del contrato: improcedente disminución de la prestación convenida: RECARGO POR DEMORA: procedencia: negativa injustificada de la aseguradora al pago.
TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 635/2007 de 11 junio. RJ 2007\3651
3. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: seguro de vida para el caso de muerte: adhesión a póliza colectiva de seguro de grupo: incumbencia del deber de veracidad al asegurado y no al tomador: dolo del asegurado en la contestación a los cuestionarios de salud: concepto y alcance: existencia: ocultación del padecimiento de una reciente rectorragia intensa y de la práctica de una fibrocolonoscopia en fechas inmediatas precedentes con indicaciones sugestivas de una tumoración maligna: SEGURO DE VIDA: reclamación de cantidad: improcedencia: fallecimiento del asegurado por cáncer en el aparato digestivo: inaplicabilidad del plazo de un año previsto para la impugnación por conocimiento de la inexactitud en la declaración antes del fallecimiento.
TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 481/2007 de 11 mayo. RJ 2007\2134
4. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento por el tomador: existencia: seguro de vida: ocultación del padecimiento de cáncer en el cuestionario manuscrito a su dictado por empleado del asegurador: SEGURO DE VIDA: reclamación de cantidad: improcedencia: ocultación maliciosa de padecimiento determinante del riesgo asegurado. PRUEBA: CARGA: art. 1214 del CC: sólo se vulnera a falta de prueba, cuando el tribunal modifique, altere o invierta la estructura de la regla de juicio en él contenida, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba en la parte que no tenía obligación de soportarla. RECURSO DE CASACION: ALCANCE: no cabe hacer supuesto de la cuestión.
TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 955/2007 de 10 septiembre. RJ 2007\4964
5. SEGURO DE PERSONAS: SEGURO DE VIDA E INVALIDEZ: reclamación de cantidad al asegurador: improcedencia: ocultación dolosa en el cuestionario de salud de la gonartrosis bilateral intensa que el asegurado padecía y determinó su incapacidad: suscripción de la póliza cuando el asegurado presentaba ya sintomatología muy intensa y dolorosa por la que había estado de baja dieciséis meses seguidos: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: cuestionario de salud: obligada declaración de todas las circunstancias delimitadoras del riesgo. PRUEBA: DOCUMENTOS: procedimiento probatorio: aportación extemporánea a los autos: inexistencia: documentos aportados por demandado en rebeldía, personado en el período de proposición de prueba, sobre cuestiones debatidas en el pleito e introducidas por el propio actor: ocultación de datos en cuestionario de salud por el asegurado demandante al que extrajudicialmente rehusó la aseguradora su reclamación.

- RECURSO DE CASACION: ALCANCE: no cabe hacer supuesto de la cuestión. TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 717/2007 de 14 junio. RJ 2007\3520
6. SEGURO DE VIDA: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: existencia: omisión del padecimiento de SIDA y hepatitis B por asegurado al tiempo de suscribir el contrato de seguro: ocultación repetida en el cuestionario de salud de otros seguros de vida con distintas compañías: dolo liberatorio de la entidad aseguradora.
 RECURSO DE CASACION: INFRACCION DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: error de derecho en la apreciación de las pruebas: estimación: falta de valoración judicial de sentencias unidas al rollo de apelación en conjunción con otros elementos del acervo probatorio de autos.
 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 35/2007 de 30 enero. RJ 2007\725
7. SEGURO SOBRE LA VIDA: RECLAMACION DE CANTIDAD: improcedencia: incumplimiento del deber de declaración del riesgo: dolo al contestar en el cuestionario de salud que no tenía enfermedad alguna, que no había sido sometido a tratamiento medico, ni había estado en hospital alguno.
 AP Valencia (Sección 11ª), sentencia núm. 597/2007 de 15 noviembre. JUR 2008\110329
8. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: seguro de vida: ocultación de grave enfermedad: conocimiento en momento inmediatamente posterior a rellenar el cuestionario.
 AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 608/2007 de 6 noviembre. JUR 2008\85316
9. SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: desestimación: seguro de vida: corresponde a la entidad aseguradora la obligación de adoptar la debida diligencia en orden a cerciorarse de las condiciones en las que se suscribe la póliza: padecimiento de una diabetes mellitus e intervención de una colestomía que no son determinantes a la hora de aprobar el riesgo: enfermedades que no guardan relación alguna con la que determinó el fallecimiento. LEGITIMACION ACTIVA: estimación. LEGITIMACION PASIVA: desestimación: seguro concertado para amortizar el préstamo hipotecario: de entidad bancaria.
 AP Madrid (Sección 18ª), sentencia núm. 278/2007 de 9 abril. AC 2007\1129.
10. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: seguro colectivo de vida para titulares de préstamos hipotecarios y personales: cuestionario de salud rellenado por la empleada de la entidad bancaria: firma por la asegurada negando la existencia de enfermedad, defecto físico o minusvalía: padecimiento de enfermedades relacionadas con el VIH, singularmente hepatitis, con diversos ingresos hospitalarios: enfermedades que han sido causa principal del fallecimiento: dolo.
 AP Islas Baleares (Sección 5ª), sentencia núm. 92/2007 de 7 marzo. JUR 2007\273721
11. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: ausencia de dolo o culpa grave del tomador: aseguradora perfectamente conocedora de la enfermedad del fallecido cuando se contrato el seguro de vida: enfermedad psíquica: ausencia de nexo causal entre la dolencia que supuestamente y según mantenía la aseguradora no declaró cuando se le presentó el cuestionario por la compañía de seguros y las razones por las que finalmente se produjo el fallecimiento.
 AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 35/2007 de 30 enero. JUR 2007\235070
12. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: desestimación: la aseguradora rellena el cuestionario que el tomador del seguro se limita a firmar, ello equivale a una falta de presentación del cuestionario cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado; seguro sobre la vida: incapacidad permanente absoluta: indemnización: estimación.
 AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 664/2007 de 20 diciembre. JUR 2008\81272
13. SEGURO DE PERSONAS: SEGURO SOBRE LA VIDA: reclamación de la indemnización pactada: desestimación: incumplimiento por el asegurado de la obligación de declaración del riesgo antes de la firma del contrato: existencia: falseamiento de las respuestas del cuestionario de salud efectuado: existencia: falta de mención de la enfermedad preexistente que determinó el reconocimiento de una incapacidad permanente.
 AP Murcia (Sección 3ª), sentencia núm. 176/2007 de 27 junio. JUR 2007\342893
14. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato:

incumplimiento: desestimación: falta de prueba que a la fecha de la suscripción de la póliza estuviese de baja, como tampoco que hubiese padecido enfermedad alguna que le hubiera obligado a interrumpir su jornada laboral, o que tuviese alguna alteración física, sufrido accidente o intervención quirúrgica o le hubiese concedido alguna invalidez; seguro sobre la vida: fallecimiento como consecuencia de un proceso de cirrosis hepática: estimación.

AP Pontevedra (Sección 6ª), sentencia núm. 293/2007 de 4 mayo. JUR 2007\296371

15. SEGURO CONTRA PERSONAS: SEGURO SOBRE LA VIDA: y de incapacidad permanente: reclamación de cantidad por declaración de incapacidad: desestimación: falsedad en la declaración del riesgo en el cuestionario suscrito con anterioridad a la firma del seguro: existencia: falta de mención al mal estado de salud del asegurado al momento de la suscripción del seguro pese a ser preguntado sobre ello.

AP Barcelona (Sección 4ª), sentencia núm. 214/2007 de 20 abril. JUR 2007\290069

16. SEGURO DE PERSONAS: SEGURO SOBRE LA VIDA: reclamación de la indemnización pactada: desestimación: falta de declaración del riesgo por el asegurado: existencia: falta de consignación en el cuestionario de salud efectuado de padecimientos previos al seguro de carácter relevante para la posterior declaración de incapacidad absoluta.

AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 127/2007 de 26 febrero. JUR 2007\274250

17. RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS: IMPROCEDENCIA: consumo del medicamento «Agreal»: posibilidad de que se produzcan determinadas reacciones adversas: falta de acreditación de efectos opiáceos o depresivos: modelo de prospecto normalizado y habitual a todos los medicamentos del mercado: medicamento no defectuoso en sentido legal: contenido del prospecto suficiente, no existiendo defecto alguno del que se pueda derivar una responsabilidad civil objetiva de la entidad demandada.

JPI Barcelona, núm. 13, sentencia de 11 junio 2007. AC 2008\1604

18. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: traducción en el deber de declarar sobre las circunstancias conocidas incluidas en el cuestionario del asegurador; incumplimiento: existencia: fallecimiento del asegurado

por insuficiencia respiratoria derivada de neoplasia pulmonar: ocultación en el cuestionario de la hospitalización tres días antes por problemas respiratorios relacionados con el carcinoma posteriormente diagnosticados que le causó la muerte: reticencia dolosa del asegurado: no obsta a su apreciación la cumplimentación del cuestionario por agente conforme a sus declaraciones.

SENTENCIA: INCONGRUENCIA: inexistencia: sentencia absolutoria: las sentencias absolutorias no son incongruentes, salvo que hayan variado la causa pretendida de la demanda o hayan acogido una excepción no alegada ni apreciable de oficio; cuestiones que no guardan relación con la congruencia: pretendida falta de motivación de la sentencia.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1200/2007 de 15 noviembre. RJ 2007\8423

19. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: preguntas del formulario no expresadas al tomador del seguro: cuestionario relleno por el agente limitándose el tomador a firmar: equivale a una falta de presentación del cuestionario: sus consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado.

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 374/2007 de 4 abril. RJ 2007\1608

20. POLIZA DE SEGURO: beneficiario: desestimación: inexactitud, falseamiento y ocultación de datos relativos a la salud del asegurado.

TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 3979/2007 de 29 mayo. AS 2007\2613

21. CONTRATO DE SEGURO: contingencias excluidas: siniestros causados voluntariamente por el asegurado; indemnización por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común y no de accidente: incapacidad reconocida por enfermedad psiquiátrica y no por las secuelas derivadas del intento de autolisis: enfermedad preexistente.

TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2126/2007 de 16 marzo. AS 2007\2233

22. CONTRATO DE SEGURO: póliza: obligaciones del tomador del seguro: comunicación de las circunstancias que agraven el riesgo: alcance; incumplimiento: ausencia de mala fe: efectos; indemnización por fallecimiento: responsabilidades en el pago: de la aseguradora con póliza vigente en el momento del hecho causante por la cuantía realmente asegurada y de la empresa por la diferencia obligacional resultante; intere-

ses por mora: legislación aplicable y requisitos; denegación: causa justificada: indeterminación del número de trabajadores asegurados, debida a la falta de comunicación de las variaciones por la tomadora del seguro.

TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2119/2007 de 17 enero. AS 2007\1807

23. SEGURO: cláusula delimitadora del riesgo resaltada y aceptada con total expresividad: accidente de circulación: alcoholemia.

AP Alicante (Sección 9ª), sentencia núm. 638/2007 de 17 diciembre. AC 2008\953

24. SEGURO DE ACCIDENTES: RECLAMACION DE CANTIDAD: improcedencia: muerte por suicidio: acto intencional de la asegurada: omisión por la asegurada en el cuestionario del padecimiento de cáncer de mama con metástasis: el sometimiento a tratamientos y el estado de desesperación derivado de los mismos no es indicio, por sí, de una situación psíquica impeditiva de regir con conciencia su persona: falta de acreditación de caída accidental por la ventana.

AP Madrid (Sección 14ª), sentencia núm. 339/2007 de 4 junio. AC 2007\1228

25. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: fallecimiento del esposo de la actora a consecuencia de parada cardiorrespiratoria consecuente con un cáncer de páncreas: ocultación de las referencias a su anterior enfermedad alcohólica, aun rehabilitada, contestando sin embargo con la verdad cuando manifiesta no beber en la actualidad: padecimiento de un síndrome de dependencia al alcohol por el que había estado en tratamiento: inexistencia de relación causal efecto demostrada del alcoholismo con el cáncer de páncreas: desconexión entre la enfermedad anterior no confesada por el tomador y el siniestro.

AP Cádiz (Sección 2ª), sentencia núm. 87/2007 de 17 abril. AC 2007\1704

26. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: vinculación del contrato de seguro con préstamo hipotecario: ocultación de problemas de salud importantes que habían causado la baja del asegurado con anterioridad a cubrir el cuestionario.

AP A Coruña (Sección 3ª), sentencia núm. 118/2007 de 22 marzo. AC 2007\1558

27. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS: Exenciones: aparta-

ción al patrimonio protegido de la persona con discapacidad de un contrato de seguro de vida: exención: límites: determinación: examen: doctrina administrativa.

DGT (Consulta vinculante), resolución núm. 989/2007 de 21 mayo. JT 2007\649

28. CONTRATO DE SEGURO: indemnización por jubilación: desestimación: extinción del contrato de trabajo por reconocimiento de invalidez.

TSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 171/2007 de 18 junio. JUR 2007\337476

29 SEGURO: exclusión del riesgo: demanda contra la entidad arrendataria, contra el fiador y contra la entidad aseguradora: exclusión expresa dentro del apartado correspondiente a la responsabilidad civil, de «La responsabilidad del arrendatario frente al propietario, salvo contratación de la modalidad Responsabilidad Civil Locativa»: modalidad no contratada.

AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), sentencia núm. 470/2007 de 26 octubre. JUR 2008\46449

30. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: RECLAMACION DE CANTIDAD:

procedencia: desprendimiento de piedras y rocas de acantilado: no exclusión de la cobertura: no es asimilable a los fenómenos naturales que desgrana la cláusula invocada por la demandada: correspondía al asegurador el procurar conocer el estado y riesgos del acantilado, presentar cuestionarios al respecto o insertar cláusulas delimitadoras del riesgo u otros limitativas: falta de acreditación de que el siniestro tuviere lugar tras una agravación del riesgo, no declarado.

AP Islas Baleares (Sección 5ª), sentencia núm. 341/2007 de 31 julio. JUR 2008\16295

31. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: estimación: el actor tenía problemas de deambulación y bipedestación que ocultó en el momento de suscribir la póliza; seguro de accidentes: riesgos cubiertos: desestimación: incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo: dolo del asegurado: situación preexistente a la suscripción de la póliza.

AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 346/2007 de 6 junio. JUR 2007\259493

32. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: ausencia de un real cuestionario de salud anterior y dirigido a la valoración del riesgo:

- operación hipotecaria, vinculada a la actividad financiera de la entidad que aparece como tomadora y prestamista.
AP Pontevedra (Sección 3ª), sentencia núm. 177/2007 de 20 abril. JUR 2007\262271
33. SEGURO SOBRE LA VIDA: reclamación de cantidad: improcedencia: petición de rescate de la póliza: demandante saldado y finiquitado por la empresa: pago correcto del rescate por la aseguradora a la tomadora sin que pueda ser obligada a pagar de nuevo el importe del rescate de una póliza ya rescatada: sin perjuicio de las acciones que el demandante pudiera tener contra su antigua empresa en relación a una póliza que parece responder a retribución salarial en sentido amplio.
AP Barcelona (Sección 16ª), sentencia núm. 208/2007 de 13 abril. JUR 2007\242947
34. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: ocultación de circunstancias, sobradamente conocidas por la actora, relativas a su estado de salud y que tenían una directa y notoria influencia en la valoración del riesgo: padecimiento de anorexia nerviosa y bulimia grave que generó secuelas a nivel muscular, metabólico y óseo, con trastornos depresivos crónicos, trastorno de personalidad límite y trastorno depresivo severo crónico y síndrome de colon irritable: ocultación deliberada e intencional: liberación del pago de la prestación.
AP Madrid (Sección 25ª), sentencia núm. 194/2007 de 10 abril. JUR 2007\232390
35. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: falta de pregunta por el asegurador al tomador del seguro por las cargas que pudieran gravar el bien asegurado o si ése estaba libre de ellas; SEGURO CONTRA ROBO: reclamación de cantidad: procedencia: condición en el actor de propietario del vehículo embargado.
AP Madrid (Sección 21ª), sentencia núm. 101/2007 de 20 febrero. JUR 2007\152309
36. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: falta de acreditación de que la tomadora del seguro obrara dolosamente o con culpa grave, ni que por su parte supiera o tuviera elementos de juicio suficientes para conocer que la enfermedad pudiera influir en la alteración de los riesgos asegurados. LEGITIMACION ACTIVA: PROCEDENCIA: seguro: reconocimiento a la actora de la condición de beneficiaria/ asegurada.
AP Málaga (Sección 4ª), sentencia núm. 2/2007 de 11 enero. JUR 2007\160231
37. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 1415/2007 de 28 diciembre. JUR 2008\245927
38. SEGURO: seguro sobre la vida: seguro vinculado a préstamo hipotecario: incapacidad permanente absoluta: gastos de cancelación, incluso los registrales, con cargo a la indemnización pactada en la póliza: desestimación; inexistencia de actuación abusiva por parte de la aseguradora.
AP Madrid (Sección 14ª), sentencia núm. 621/2007 de 8 noviembre. JUR 2008\20399
39. MEDICOS Y PROFESIONALES SANITARIOS: RESPONSABILIDAD: estimación: fallecimiento de bebé de dos meses de edad: acreditación de la relación de causalidad entre el error de diagnóstico y el fallecimiento: indemnización de 87.005,12 €.
AP Navarra (Sección 3ª), sentencia núm. 156/2007 de 5 noviembre. JUR 2008\184860
40. SEGURO DE VIDA: adhesión a póliza de seguro de vida ofrecida por entidad bancaria al solicitar un préstamo: el dolo se excluye de plano por la inexistencia del cuestionario al no ser sus respuestas de su puño y letra y, en todo caso, las dudas al respecto serían interpretables a su favor: reclamación de cantidad: procedencia.
AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 378/2007 de 25 junio. JUR 2007\320248
41. AP Cádiz (Sección 3ª), sentencia núm. 177/2007 de 12 junio. JUR 2007\358371
42. Seguro. AP Vizcaya (Sección 5ª), sentencia núm. 273/2007 de 14 mayo. JUR 2007\359546
43. SEGURO CONTRA DAÑOS: SEGURO CONTRA ROBO: reclamación de cantidad: estimación: seguro contra robo en establecimiento comercial: reclamación de los daños: estimación: incumplimiento de la obligación del tomador de declaración del riesgo: inexistencia: respuestas adecuadas a las preguntas del cuestionario formulado.
AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 240/2007 de 14 mayo. JUR 2007\247266
44. CONTRATO DE SEGURO: OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR: RECARGO POR DEMORA: seguro de accidentes: indemnización derivada de declaración de incapacidad permanente: devengo de los intereses: «dies a quo»: desde la fecha del siniestro: improcedencia: cómputo desde la constatación de la existencia de la incapacidad indemnizable: fijación como día inicial del día de emisión del informe del equipo de valoración médica que determina la existencia de la incapacidad.

- AP Sevilla (Sección 6ª), auto núm. 78/2007 de 24 abril. JUR 2007\270819
45. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: desestimación: el tomador no conoce la enfermedad o no conoce su alcance, por lo que no puede hablarse de actuación dolosa, ni aun meramente culposa; circunstancias agravatorias del riesgo nacidas en el curso del contrato: incumplimiento: desestimación. AP Cádiz (Sección 2ª), sentencia núm. 61/2007 de 15 marzo. JUR 2007\173025
46. SEGURO DE PERSONAS: seguro sobre la vida: reclamación de cantidad: procedencia: amortización del préstamo hipotecario frente a la entidad crediticia y devolución del exceso hasta la suma asegurada frente al asegurado con la consiguiente obligación, además, de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a dicho asegurado que hubo de seguir amortizando las correspondientes cuotas sobre el préstamo al no haberlo hecho dicha entidad demandada que venía obligada a ello tras el siniestro, para cuya responsabilidad por incumplimiento no le limita la suma de capital asegurado. AP Las Palmas (Sección 4ª), sentencia núm. 109/2007 de 5 marzo. JUR 2007\150434
47. Seguro. AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 105/2007 de 22 febrero. JUR 2007\174741
48. SEGURO DE PERSONAS: legitimación pasiva: existencia: como consecuencia de la fusión, la nueva sociedad asume los derechos y las obligaciones de la fusionada; seguro de accidentes: reclamación de cantidad: procedencia: invalidez permanente absoluta: acreditación suficiente de la vinculación contractual, la realidad de producción del riesgo objeto de cobertura a raíz del que la demandada asumía su obligación de abonarle un capital. AP Granada (Sección 3ª), sentencia núm. 45/2007 de 2 febrero. JUR 2007\176600
49. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: OBLIGACION DEL TOMADOR ANTES DE LA CONCLUSION DEL CONTRATO: declaración exacta de las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo: procedencia: mención por la asegurada en el cuestionario de salud sin que pueda exigírsele un diagnóstico y descripción certera de su dolencia: padecimiento de enfermedad de «Whipple» manifestando la asegurada estar tomando medicación por operación de vesícula biliar con posteriores complicaciones: posibilidad de la aseguradora de haber pedido documentación médica a la vista de dicha información: falta de acreditación de que la muerte se debiera a dicha enfermedad. AP Castellón (Sección 3ª), sentencia núm. 50/2007 de 29 enero. JUR 2007\265941
50. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO: Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas: requisitos. RECURSO DE APELACION: contra sentencia absolutoria: imposibilidad de revisar en por parte del Tribunal «ad quem» la valoración de las pruebas practicadas en primera instancia cuando por su índole son exigibles la inmediatez y la contradicción: doctrina STC 167/2002. AP Barcelona (Sección 7ª), sentencia de 23 enero 2007. JUR 2007\177675
51. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 21 noviembre 2007. JUR 2007\362425
52. Ayudas y subvenciones. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 14 marzo 2007. JUR 2007\102205
53. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sanidad. TSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 1443/2007 de 23 noviembre. JUR 2008\133220
54. Invalidez permanente y sus prestaciones. Cotización a la Seguridad Social. Comercio. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 733/2007 de 29 junio. JUR 2009\278306
55. Invalidez permanente y sus prestaciones. TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 340/2007 de 18 abril. JUR 2007\211909
56. TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1016/2007 de 7 marzo. JUR 2007\215799
57. Banca. AP Ciudad Real (Sección 2ª), sentencia núm. 283/2007 de 14 noviembre. JUR 2008\349241
58. Seguro. AP Guipúzcoa (Sección 2ª), sentencia núm. 2312/2007 de 22 octubre. JUR 2008\33191
59. Seguro. AP Málaga (Sección 6ª), sentencia núm. 542/2007 de 17 octubre. JUR 2008\69488
60. Seguro. AP Barcelona (Sección 14ª), sentencia núm. 492/2007 de 3 octubre. JUR 2008\13839

61. Seguro. AP Barcelona (Sección 11ª), sentencia núm. 542/2007 de 1 octubre. JUR 2008\14136
62. Contratos típicos .Seguro. AP Ciudad Real (Sección 2ª), sentencia núm. 214/2007 de 7 septiembre. JUR 2008\70398
63. Seguro. AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 417/2007 de 11 julio. JUR 2007\317940
64. Seguro. AP Palencia (Sección 1ª), sentencia núm. 189/2007 de 5 julio. JUR 2008\79662
65. Contratos típicos. AP Córdoba (Sección 3ª), sentencia núm. 135/2007 de 2 julio. JUR 2007\357394
66. Seguro. AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 371/2007 de 20 junio. JUR 2007\258404
67. AP Lleida (Sección 2ª), sentencia núm. 205/2007 de 12 junio. JUR 2007\301273
68. Seguro. AP Álava (Sección 1ª), sentencia núm. 104/2007 de 30 abril. JUR 2007\226401
69. Nulidad, separación y divorcio. AP Burgos (Sección 2ª), sentencia núm. 152/2007 de 13 abril. JUR 2007\297157
70. Seguro. AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 133/2007 de 15 marzo. JUR 2007\173031
71. Seguro. Proceso Civil. AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 142/2007 de 9 marzo. JUR 2007\215526
72. Seguro. Proceso Civil. AP Granada (Sección 4ª), sentencia núm. 94/2007 de 2 marzo. JUR 2007\204022
73. Seguro. AP A Coruña (Sección 5ª), sentencia núm. 85/2007 de 27 febrero. JUR 2007\290932
74. Seguro. Responsabilidad extracontractual. Tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. AP Huesca (Sección 1ª), sentencia núm. 54/2007 de 26 febrero. JUR 2007\254038
75. Delitos contra el orden público. AP León (Sección 1ª), sentencia núm. 62/2007 de 22 febrero. JUR 2007\249765
76. Seguro. AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 109/2007 de 21 febrero. JUR 2007\120943
77. Ayudas y subvenciones. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 14 marzo 2007. JUR 2007\102205
78. Seguro. AP Vizcaya (Sección 3ª), sentencia núm. 103/2007 de 21 febrero. JUR 2007\126368
79. Contratos típicos. Hipoteca, prenda y anticresis. Seguro. AP Granada (Sección 3ª), sentencia núm. 63/2007 de 9 febrero. JUR 2007\175914
80. Seguro. AP Islas Baleares (Sección 3ª), sentencia núm. 41/2007 de 6 febrero. JUR 2007\88369

81. Contratos típicos. Seguro. AP Almería (Sección 1ª), sentencia núm. 22/2007 de 2 febrero. JUR 2007\176462
82. Hipoteca, prenda y anticresis. Seguro. JUR \2007\155729

Jurisprudencia del año 2008

1. SEGURO DE VIDA: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: seguro de vida: circunstancias agravatorias del riesgo preexistentes pero desconocidas por el asegurado a la firma del cuestionario de salud: molestias anteriores resueltas sin diagnóstico de patología grave: ulterior detección de adenocarcinoma en estómago determinante de su fallecimiento: conocimiento de esta patología antes de transcurrido un año desde la conclusión del contrato: obligada comunicación al asegurador: incumplimiento doloso por el obligado. TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1373/2008 de 4 enero. RJ 2008\2923
2. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: falta de acreditación por la demandada de que el asegurado suscribiera el cuestionario de salud: preguntas genéricas: imprecisión en el planteamiento del cuestionario: falta de acreditación de que la incidencia cardíaca sufrida le supusiera incapacidad física o merma en sus habituales condiciones de vida: inexistencia de dolo. AP Castellón (Sección 3ª), sentencia núm. 118/2008 de 11 marzo. AC 2008\1639
3. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: póliza -de vida e invalidez permanente absoluta- asociada a un préstamo hipotecario: modificación decidida unilateralmente por la entidad crediticia: ausencia de conducta dolosa de la asegurada: cuestionario de salud no cumplimentado por la actora, sino por el empleado de la entidad financiera que tramitó el cambio de póliza sin protesta alguna ni supervisión de la aseguradora; OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR: pago de la indemnización: procedencia: estrecha relación existente entre las entidades codemandadas: unidad de actuación entre ellas: no puede constituirse en causa justificativa de su negativa a asumir las responsabilidades, ni en rechazo de la solidaridad, cuando se produce el siniestro asegurado: ambas entidades forman parte de un mismo grupo financiero y existe una comunidad de intereses entre ellas; SEGURO DE VIDA: re-

- clamación de cantidad: procedencia: incapacidad permanente absoluta: traspaso de la póliza a otra entidad perteneciente al mismo grupo financiero: comunidad de intereses entre ellas.
 AP Málaga (Sección 5ª), sentencia núm. 34/2008 de 28 enero. AC 2008\1191
4. SEGURO DE PERSONAS: VIDA: contrato por club de fútbol de riesgo de fallecimiento con garantía complementaria de incapacidad profesional total y permanente para sus jugadores: lesión invalidante en rodilla del guardameta por encontronazo fortuito con jugador contrario: la fecha de vigencia del contrato es la del hecho generador de la incapacidad, no la de declaración de ésta.
 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 288/2008 de 22 abril. RJ 2008\1905
5. SEGURO: deber de declaración del riesgo: incumplimiento: inexistencia: seguro colectivo de vida: parquedad y generalidad del cuestionario: padecimiento de depresión que no guarda relación con fallecimiento por cirrosis hepática.
 AP Madrid (Sección 18ª), sentencia núm. 199/2008 de 17 abril. JUR 2008\179231
6. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: declaración exacta de las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo: estimación: seguro de vida: inclusión con posterioridad a la suscripción del seguro en su historia clínica el alcoholismo como enfermedad.
 AP Teruel (Sección 1ª), sentencia núm. 141/2008 de 11 septiembre. JUR 2008\361513
7. SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: desestimación: falta de ocultación dolosa del asegurado en seguro de vida: acreditación del conocimiento de un padecimiento cardiaco partir de la realización de pruebas prescritas por el cardiólogo que fueron posteriores a la suscripción de la póliza.
 AP Murcia (Sección 1ª), sentencia núm. 270/2008 de 13 junio. JUR 2008\338448
8. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: seguro sobre la vida: existencia de dolo en el asegurado: desestimación: inexistencia de relación de causalidad entre el fallecimiento del asegurado en accidente de tráfico, y los trastornos del humor, la distimia, o la ansiedad diagnosticadas previamente al siniestro.
 AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 366/2008 de 10 junio. JUR 2008\266110
9. SEGURO: seguro sobre la vida: indemnización por incapacidad permanente: estimación: inexistencia de incumplimiento del deber de declaración del riesgo: cuestionario fue rellenado por el agente del asegurador, limitándose el asegurado a firmarlo, lo que equivale a falta de presentación del mismo.
 AP Pontevedra (Sección 6ª), sentencia núm. 309/2008 de 29 mayo. JUR 2008\355698
10. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: liberación de obligación de indemnizar: exige dolo o culpa grave por parte del tomador: no basta con inexactitudes o reticencias como para la reducción de la prestación; SEGURO DE CREDITO: reclamación de cantidad: procedencia: inexactitudes no constitutivas de dolo o culpa grave: falta de acreditación de ocultación de operaciones comerciales relevantes: ocultación de operaciones no asegurables; RECARGO POR DEMORA: procedencia: inexistencia de causa justificativa: no lo es la contienda judicial sobre la cobertura del seguro o la interpretación de la póliza. RECURSO DE CASACION: improcedencia: denegación de prueba: en segunda instancia: exhibición de libros de comercio: petición como documental privada: únicamente tiene como efecto, en caso de no ser presentados, la valoración de la conducta procesal al valorar la prueba.
 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 479/2008 de 3 junio. RJ 2008\4171
11. ACCIDENTE DE TRABAJO: recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: improcedencia: inexistencia de incumplimiento empresarial; procedimiento administrativo: la superación del plazo de 135 días establecido para su resolución no produce la caducidad del expediente.
 TSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 176/2008 de 14 julio. AS 2008\2087
12. CONTRATO DE SEGURO: interés por mora: tipo: en todo caso en los dos primeros años desde la fecha del siniestro el interés legal del dinero más el 50 por 100 y a partir de los dos años un 20 por 100 de interés.
 TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2336/2008 de 13 marzo. AS 2008\1518
13. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS: Hecho imponible: rendimientos del trabajo: rendimientos dinerarios incluidos: primas satisfechas por la empresa empleadora, imputadas al trabajador: considera-

- ción como retribuciones en especie sujetas al Impuesto tributando, con independencia de que no se permita la disposición anticipada del capital: liquidación procedente.
TEAF Guipúzcoa, resolución de 3 septiembre. JT 2008\1383
14. SEGURO: OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR: recargo por demora: aplicación del art. 20 LCS en su redacción vigente al tiempo del siniestro.
TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 97/2008 de 4 febrero. RJ 2008\1063
15. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO: cuantía: determinación; cómputo o detracción de prestaciones de Seguridad Social: supuestos en que no procede: conceptos no homogéneos.
TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 21 enero 2008. RJ 2008\2071
16. CONTRATO DE SEGURO: indemnización por invalidez: hecho causante: determinación: secuelas fijadas definitivamente.
TSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 315/2008 de 29 diciembre. JUR 2009\159755
17. ACCIDENTES DE TRABAJO: recargo de prestaciones económicas por omisión de medidas de seguridad: trabajos en altura.
TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4052/2008 de 2 diciembre. AS 2009\627
18. CONTRATO DE SEGURO: indemnización por fallecimiento: beneficiarios: denegación: falta de suscripción de póliza para garantizar la indemnización establecida en el convenio colectivo: inexistencia de incumplimiento empresarial.
TSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1518/2008 de 10 junio. JUR 2008\391198
19. CONTRATO DE SEGURO: beneficiarios: denegación: inexactitud, falseamiento y ocultación de circunstancias: dolo.
TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2176/2008 de 4 junio. JUR 2008\212156
20. RESPONSABILIDAD CIVIL: Intereses: procedencia: moratorios: aplicación del interés del 20% desde la fecha del siniestro hasta el pago de la cantidad principal.
AP Valencia (Sección 1ª), sentencia núm. 322/2008 de 23 diciembre. JUR 2009\130634
21. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: hepatitis crónica C: causante de fallecimiento: conocimiento por el asegurado.
AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 552/2008 de 27 noviembre. JUR 2009\60076
22. FALSEDADES (CP/1995): En documentos mercantiles por particular: existencia: imitar la firma del asegurado en un documento de declaración de salud anexo a un contrato de seguro, pese a que el contenido del mismo era sustancialmente idéntico a los suscritos por aquél.
AP Álava (Sección 2ª), sentencia núm. 356/2008 de 17 noviembre. JUR 2009\48003
23. SUCESION HEREDITARIA: PARTICION: inventario: cantidad ingresada en cuenta bancaria: inexistencia de seguro de vida: no existe ni un solo dato en el documento que equipare la prestación a cargo de la aseguradora a la vida o fallecimiento de la asegurada: no existe obligación alguna de pagar dicha cantidad a la apelante ni esta tenía derecho a retirar la misma de la cuenta en la que se ingresó tras la conclusión del plazo pactado para esta operación financiera.
AP Murcia (Sección 5ª), sentencia núm. 169/2008 de 14 julio. JUR 2009\108751
24. SEGURO DE PERSONAS: SEGURO SOBRE LA VIDA: reclamación de cantidad: improcedencia: ocultación maliciosa y deliberada en la conducta de la tomadora sobre la declaración de salud.
AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 160/2008 de 9 abril. JUR 2008\171339
25. Mejoras voluntarias por accidente de trabajo. Falta de idoneidad de las sentencias de contraste por no estar citadas en el escrito de preparación, falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción y falta de contradicción.
TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), auto de 10 enero 2008. JUR 2008\186508
26. Proceso Social. Accidente de trabajo, enfermedad profesional y contingencias comunes.
TSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 235/2008 de 13 octubre. JUR 2009\52120
27. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS: Exenciones: indemnizaciones por daños físicos o psíquicos: indemnización percibida como consecuencia de declaración de invalidez permanente total derivada del seguro contratado a favor del trabajador por la empresa a la que prestaba sus servicios: indemnización no derivada de un accidente: exención improcedente.

- TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), sentencia núm. 10554/2008 de 17 julio. JUR 2008\290943
28. TELEFONICA DE ESPAÑA; MEJORAS VOLUNTARIAS: Invalidez permanente: seguro colectivo: cuantía: capital asegurado en póliza de riesgo: salario anterior a declaración de incapacidad: improcedencia.
 TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 2047/2008 de 2 julio. JUR 2009\31387
29. SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: desestimación: seguro de invalidez permanente y muerte vinculado a contrato de préstamo: ausencia de cuestionario, falta de relleno físico del cuestionario por la actora que sólo estampó su firma ante su condición de analfabeta: las enfermedades que motivaron la invalidez absoluta objeto de cobertura no eran preexistentes al seguro.
 AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 539/2008 de 30 septiembre. JUR 2009\27660
30. AP Murcia (Sección 5ª), sentencia núm. 168/2008 de 14 julio. JUR 2009\108752
31. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: DISPOSICIONES GENERALES #DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: inexistencia: tomador que aún habiendo sufrido hacía unos años varios accidentes cerebrovasculares, sistémicos, presentaba un convencimiento cierto y real de encontrarse curado: no toda omisión por parte del tomador del seguro a la hora de la conclusión del contrato es suficiente para liberar a la compañía aseguradora de su obligación de indemnizar, pues es necesario que el tomador conozca la enfermedad y que la misma guarde relación directa con la causa posterior de fallecimiento: muerte por infarto; SEGURO DE PERSONAS: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD: procedencia
 AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 322/2008 de 27 mayo. JUR 2008\274941
32. SEGURO: CONTRA DAÑOS: de automóviles: cláusula de proporcionalidad: aplicación: estimación: cláusula delimitadora y no limitativa: tomador del seguro que no fue suficientemente diligente para informar a la aseguradora sobre el riesgo, violación del deber que resulta palmario de un hecho objetivo, el riesgo declarado.
 AP Castellón (Sección 3ª), sentencia núm. 238/2008 de 16 mayo. JUR 2008\310266
33. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados: desestimación: imposibilidad de oponer legítimamente ninguna cláusula de limitación de derecho o exclusión de cobertura que no haya sido previamente conocida y aceptada por escrito por el tomador del seguro: falta de sometimiento al asegurado a la confección de un cuestionario.
 AP Toledo (Sección 1ª), sentencia núm. 182/2008 de 8 mayo. JUR 2008\331412
34. SEGURO: De personas: de enfermedad y asistencia sanitaria: pago de indemnización: procedencia: ausencia de enfermedad en el momento de contratación del seguro: no omisión de datos a la aseguradora.
 AP A Coruña (Sección 4ª), sentencia núm. 190/2008 de 17 abril. JUR 2008\225665
35. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: conocimiento por la aseguradora de la existencia de la enfermedad, y, no obstante ello, siguió manteniendo la póliza y pasando al cobro el correspondiente recibo: acto propio.
 AP Murcia (Sección 1ª), sentencia núm. 130/2008 de 2 abril. JUR 2008\392652
36. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: Personas responsables criminalmente: autor: inexistencia: administrador y socio de la empresa desprovisto de todas facultad de mando o dirección sobre la misma.
 AP Valencia (Sección 2ª), sentencia núm. 68/2008 de 14 febrero. JUR 2008\155030
37. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: ocultación de enfermedad ajena y carente de relación o conexión lógica y directa con el resultado de las lesiones funcionales que luego le produjeron la invalidez cubierta por el seguro.
 AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 59/2008 de 6 febrero. JUR 2008\155562
38. Seguro.
 AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 16/2008 de 14 enero. JUR 2008\107341
39. CONTRATO DE SEGURO: indemnización por invalidez: beneficiarios: denegación: declaración de invalidez una vez extinguida la relación laboral.
 TSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 162/2008 de 11 febrero. JUR 2008\146005
40. TSJ C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 136/2008 de 17 enero. JUR 2008\147317

41. Seguro. AP La Rioja (Sección 1ª), sentencia núm. 363/2008 de 19 diciembre. JUR 2009\114915
42. Seguro. AP Las Palmas (Sección 3ª), sentencia núm. 878/2008 de 16 diciembre. JUR 2009\115654
43. Seguro AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 586/2008 de 16 diciembre. JUR 2009\59745
44. Seguro. AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 684/2008 de 4 diciembre. JUR 2009\181896
45. Seguro. Contratos típicos. Hipoteca, prenda y anticresis.
AP Cáceres (Sección 1ª), sentencia núm. 351/2008 de 1 diciembre. JUR 2009\103589
46. Seguro. AP Badajoz (Sección 2ª), sentencia núm. 278/2008 de 12 noviembre. JUR 2009\119457
47. Seguro. AP Barcelona (Sección 16ª), sentencia núm. 558/2008 de 7 noviembre. JUR 2009\76175
48. Seguro. AP Barcelona (Sección 14ª), sentencia núm. 600/2008 de 6 noviembre. JUR 2009\76448
49. Seguro. AP Badajoz (Sección 3ª), sentencia núm. 297/2008 de 4 noviembre. JUR 2009\120646
50. Seguro. Consumidores y Usuarios. AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 597/2008 de 24 octubre. JUR 2009\78739
51. Seguro. AP Barcelona (Sección 1ª), sentencia núm. 493/2008 de 24 octubre. JUR 2009\35555
52. Seguro. AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 563/2008 de 24 septiembre. JUR 2009\40637
53. Seguro. AP Madrid (Sección 14ª), sentencia núm. 467/2008 de 23 septiembre. JUR 2009\107894
54. Seguro. AP Valencia (Sección 11ª), sentencia núm. 529/2008 de 10 septiembre. JUR 2009\67137
55. Seguro. AP Jaén (Sección 3ª), sentencia núm. 223/2008 de 9 septiembre. JUR 2009\4297
56. Seguro. AP Salamanca (Sección 1ª), sentencia núm. 225/2008 de 21 julio. JUR 2008\353578
57. Seguro. AP Huelva (Sección 2ª), sentencia núm. 121/2008 de 17 julio. JUR 2009\55115
58. Seguro. AP Vizcaya (Sección 3ª), sentencia núm. 392/2008 de 10 julio. JUR 2008\389940
59. Seguro. Derecho Foral de Cataluña. AP Lleida (Sección 2ª), sentencia núm. 244/2008 de 9 julio. JUR 2008\321254
60. Seguro. AP Madrid (Sección 19ª), sentencia núm. 289/2008 de 9 junio. JUR 2008\294193
61. Seguro. AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 268/2008 de 26 mayo. JUR 2008\233617
62. Seguro. AP Barcelona (Sección 14ª), sentencia núm. 303/2008 de 15 mayo. JUR 2008\233684
63. Seguro. AP Lleida (Sección 2ª), sentencia núm. 153/2008 de 5 mayo. JUR 2008\205701
64. Banca. Seguro. AP A Coruña (Sección 3ª), sentencia núm. 193/2008 de 5 mayo. JUR 2008\322726
65. Seguro. AP Girona (Sección 1ª), sentencia núm. 184/2008 de 30 abril. JUR 2008\205944
66. Seguro. AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 318/2008 de 29 abril. JUR 2008\187166
67. Banca. AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 197/2008 de 14 abril. JUR 2008\188481
68. AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 158/2008 de 4 abril. JUR 2008\234639
69. Seguro. AP A Coruña (Sección 5ª), sentencia núm. 135/2008 de 3 abril. JUR 2008\318151
70. Seguro. AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 222/2008 de 1 abril. JUR 2008\150989
71. Seguro. AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 168/2008 de 14 marzo. JUR 2008\142410
72. Seguro. AP Cuenca (Sección 1ª), sentencia núm. 46/2008 de 11 marzo. JUR 2008\173031
73. Banca. Seguro. AP Valencia (Sección 7ª), sentencia núm. 123/2008 de 3 marzo. JUR 2008\153385
74. Seguro. Contratos típicos. AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 90/2008 de 28 febrero. JUR 2008\173691
75. Seguro. Proceso Civil. AP Islas Baleares (Sección 3ª), sentencia núm. 14/2008 de 15 enero. JUR 2008\87794

Jurisprudencia del año 2009

1. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: falta de padecimiento con anterioridad al contrato de ninguna de las patologías incluidas en el cuestionario de salud; SEGURO SOBRE LA VIDA: reclamación de cantidad: procedencia: modalidad de vida con seguro complementario de invalidez: invalidez del asegurado: enfermedades tenidas en consideración por el INSS para declarar al actor en situación de invalidez permanente absoluta: carácter invalidante no discutido por la asegurador. AP Zaragoza (Sección 5ª), sentencia núm. 556/2009 de 23 octubre. AC 2009\2320
2. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: obligación del tomador antes de

la conclusión del contrato: incumplimiento: improcedencia: seguro de vida: omisión del padecimiento previo de hernia de hiato, úlcera gástrica, cervicartrosis o fibromialgia: enfermedades que no tienen relevancia causal con la arterioesclerosis coronaria oclusiva que determinó la muerte súbita del asegurado: inexistencia de padecimientos coronarios previos. AP A Coruña (Sección 5ª), sentencia núm. 164/2009 de 30 abril. JUR 2009\283489

3. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: improcedencia: ausencia de conducta dolosa o gravemente culposa en su declaración sobre su estado de salud: cuestionario en el que no se le preguntaba si padecía o había padecido alguna enfermedad, sino si había padecido alguna que le hubiera obligado a interrumpir su vida laboral durante mas de quince días, lo que no resulta probado: cuantificación de la indemnización. AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 335/2009 de 28 mayo. JUR 2009\400661
4. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: incumplimiento: desestimación: seguro de vida e invalidez: situación física del asegurado observable a simple vista: asunción del riesgo por la aseguradora: ausencia de mala fe. AP Barcelona (Sección 14ª), sentencia núm. 635/2009 de 1 octubre. JUR 2009\491153
5. ACCIDENTE NO LABORAL: requisitos y supuestos: suicidio. CONTRATO DE SEGURO: interpretación; falta de adecuación entre los riesgos asegurables establecidos en convenio colectivo y los concertados en la póliza de seguro: responsabilidades: determinación. TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 10 junio 2009. RJ 2009\4555
6. SEGURO: RECARGO POR DEMORA: aplicación del art. 20 LCS, en su primitiva redacción, y dentro de los límites que impone el Derecho transitorio, a los perjudicados que ejercitan la acción directa contra las aseguradoras en el seguro de responsabilidad civil, independientemente de la naturaleza del siniestro; IMPROCEDENCIA: causa justificada de impago: existencia de dudas fundadas acerca de la existencia de responsabilidad por parte de la Administración: sustancial disminución de la suma indemnizatoria solicitada en la demanda: necesidad de diferir a la ejecución de la sentencia la determinación de las secuelas y del importe de la indemnización. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: IN DUBIO PRO ASEGURADO: no es

aplicable en los casos en los cuales no es necesario resolver entre dos interpretaciones dudosas de una cláusula contractual, sino proceder a la concreción de un concepto jurídico establecido en la LCS con carácter indeterminado; IN DUBIO PRO DAMNATO: no puede utilizarse para resolver las dudas que pueden existir en relación con la procedencia del abono de los intereses del artículo 20 LCS, pues, junto con la finalidad de promover el pago de las indemnizaciones que debe reconocerse al expresado precepto, éste presenta una vertiente sancionadora. TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 347/2009 de 18 mayo. RJ 2009\2925

7. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: improcedencia: seguro de incapacidad permanente absoluta: omisión por el tomador de litiasis biliar y renal y de haber estado de baja laboral por ello: irrelevancia: pregunta genérica del cuestionario sobre el padecimiento de enfermedad sin especificar si la misma es grave o leve: litiasis considerada como episodio accidental, pasajero, banal y frecuente, dada la edad de 50 años del tomador: cuestionario rellenado por empleado del banco asegurador limitándose el tomador a firmarlo: circunstancia que equivale a una falta de presentación del cuestionario de salud: incapacidad absoluta por diabetes, cirrosis hepática, anemia por hipersplenismo y trastorno ansioso depresivo. AP Granada (Sección 3ª), sentencia núm. 250/2009 de 29 mayo. JUR 2009\371177
8. IGUALDAD ANTE LA LEY: doctrina jurisprudencial: interpretación de este derecho fundamental recogido en el art. 14 CE: doctrina del TC; discriminación: improcedencia: actuación de la entidad aseguradora demandada que no incurre en vulneración del derecho fundamental a la igualdad, al optar por no asegurar a la hija de los actores, con síndrome de Down: no infracción de norma legal alguna. DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS MORALES: doctrina jurisprudencial: existencia del daño moral y su cuantificación: situaciones que comprende. COMPETENCIA OBJETIVA: improcedencia: Juzgado de 1ª Instancia: acción de cesación de publicidad engañosa: corresponde la jurisdicción al Juzgado de lo Mercantil. NULIDAD DE ACTUACIONES (LECIV/2000): FALTA DE JURISDICCION O DE COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL: existencia. AP A Coruña (Sección 3ª), sentencia núm. 215/2009 de 15 mayo. AC 2009\1087

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR INCENDIO: incendio originado en la plaza de parking del demandado: utilización como depósito de muebles y enseres, finalidad distinta a la que le es propia: creación de un riesgo. AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 146/2009 de 11 marzo. AC 2009\1342
10. SEGURO DE PERSONAS: SEGURO DE VIDA TEMPORAL: que incluye también un seguro sobre la propia salud de la actora tomadora y para el caso de que fuera declarada en situación de invalidez absoluta y permanente: concurrencia de dolo en las declaraciones al cuestionario de salud propuesto por la aseguradora: no obligación de ésta de abonar el capital asegurado a la entidad bancaria beneficiaria, acreedora del préstamo hipotecario suscrito con la asegurada. AP Valencia (Sección 11ª), sentencia núm. 31/2009 de 23 enero. AC 2009\657
11. Inspección tributaria. Tributos Estatales. Impuesto sobre Sociedades. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), sentencia de 16 marzo 2009. JUR 2009\170147
12. CONTRATO DE SEGURO: indemnización por invalidez: beneficiario: contingencia incluida expresamente en la póliza. TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1642/2009 de 23 abril. JUR 2009\257620
13. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: ocultación de gonalgia y de síndrome depresivo en el cuestionario de salud: asegurado convenientemente interpelado sobre su completo estado de salud. AP Barcelona (Sección 17ª), sentencia núm. 479/2009 de 14 septiembre. JUR 2010\47160
14. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: Por imprudencia grave: existencia: accidente laboral: negligente previsión de los medios de seguridad adecuados que hubieran impedido que la vagoneta que suministraba hormigón a las tolvas hubiera atrapado al trabajador cuando este limpiaba una de las tolvas; Indemnización de perjuicios: víctima que contribuye a la producción del resultado: apreciable: actuación imprudente por parte del trabajador en la limpieza de la tolva: reducción de la indemnización en un 10%. AP Granada (Sección 2ª), sentencia núm. 359/2009 de 3 julio. ARP 2010\128
15. HOMICIDIO: Existencia: acusado que embistió con el coche a la víctima. AP Jaén (Sección 2ª), sentencia núm. 77/2009 de 19 junio. JUR 2009\369963
16. SEGURO SOBRE LA VIDA: contrato de seguro vinculado a préstamo: reclamación de cantidad por invalidez absoluta: estimación: parcial: asegurado que omitió mencionar ciertas patologías al contratar el seguro: inexistencia de dolo o culpa grave: aplicación a la indemnización de la reducción del 50% del art. 10.3 LCS. AP Barcelona (Sección 16ª), sentencia núm. 197/2009 de 6 abril. JUR 2009\394697
17. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: declaración exacta de las circunstancias influyentes en la valoración del riesgo: improcedencia: ocultación de diversas enfermedades previas cardíacas y circulatorias de gravedad que determinaron declaración de invalidez permanente absoluta a los pocos meses del aseguramiento: irrelevancia de que el tomador no firmara el cuestionario al hacerlo su cuñado en su nombre: intervención del cuñado como mandatario: información dada por el tomador: inexistencia de deber personalísimo de declarar las circunstancias en el cuestionario. AP Granada (Sección 4ª), sentencia núm. 130/2009 de 20 marzo. JUR 2009\274545
18. EJECUCION FORZOSA: OPOSICION: improcedencia: condición de prestatario de un crédito bancario efectivamente impagado: existencia de un contrato de seguro de amortización del préstamo litigioso: acción de reembolso contra quien está obligado a recibir el capital recibido junto con los intereses pactados. AP Cádiz (Sección 2ª), auto núm. 39/2009 de 16 febrero. JUR 2009\197932
19. Responsabilidad civil derivada de delitos y faltas. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Lesiones. Salud laboral. Seguro. AP Granada (Sección 1ª), sentencia núm. 2/2009 de 16 enero. JUR 2010\6364
20. Salud laboral. Responsabilidad del empresario. TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 248/2009 de 22 abril. JUR 2009\219017
21. SEGURO: CONTRATO DE SEGURO: deber de declaración del riesgo: obligación del tomador antes de la conclusión del contrato: incumplimiento: estimación: acreditación que el tomador tenía plena consciencia de la gravedad de su situación inicial, por dolores previos que derivan en glaucoma crónico y éste, en el desprendimiento de retina y posterior ceguera: informes periciales. AP Valencia (Sección 8ª),

- sentencia núm. 513/2009 de 5 octubre. JUR 2010\10883
22. SEGURO: DEBER DE DECLARACION DEL RIESGO: incumplimiento: procedencia: ocultación de datos y antecedentes médicos en la declaración de salud y en el cuestionario: trascendencia de la grave enfermedad que había padecido: dolo. AP Jaén (Sección 2ª), sentencia núm. 178/2009 de 9 septiembre. JUR 2010\12508
 23. SEGURO: seguro sobre la vida: indemnización por muerte: omisión por el tomador circunstancias importantes que afectaban a su estado de salud, pancreatitis aguda, a la postre causa de su fallecimiento: faltad e buena fe: indemnización el 50% del capital asegurado. AP Palencia (Sección 1ª), sentencia núm. 98/2009 de 16 marzo. JUR 2009\223130
 24. Faltas contra las Personas. Tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. AP Córdoba (Sección 3ª), sentencia núm. 69/2009 de 12 marzo. JUR 2009\322447
 25. SEGURO: Contrato de seguro: seguro de personas: exoneración por parte de la aseguradora de su deber de indemnización: improcedencia: ausencia de mala fe por el tomador al declarar el riesgo: cuestionario cumplimentado por el empleado de la entidad financiera mediadora del contrato. AP Badajoz (Sección 3ª), sentencia núm. 40/2009 de 30 enero. JUR 2009\285826
 26. SEGURO: Contrato de seguro: seguro de personas: modalidades: seguro sobre la vida: resolución de la póliza: pretensión ejercitada por la entidad aseguradora: incumplimiento del deber del tomador de declarar las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo: improcedencia: confección mecánica del cuestionario anexo a la póliza realizada por empleado de la entidad bancaria mediadora. AP Cáceres (Sección 1ª), sentencia núm. 23/2009 de 21 enero. JUR 2009\194491
 27. Seguro. Derecho a la tutela judicial efectiva. AP Barcelona (Sección 1ª), sentencia núm. 8/2009 de 20 enero. JUR 2009\142481
 28. Seguro. AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 13/2009 de 8 enero. JUR 2009\143078
 29. Seguridad Social complementaria. Fecha del hecho causante de una incapacidad permanente derivada de enfermedad común a efectos de determinar la responsabilidad de la compañía aseguradora de la mejora. Falta de idoneidad de las sentencias de contraste por no ser firmes al tiempo de publicarse la recurrida. Falta de contradicción. TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), auto de 28 octubre 2009. JUR 2009\487333
 30. Clases pasivas. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), sentencia de 6 julio 2009. JUR 2009\341724
 31. Contratos mercantiles. AP Barcelona (Sección 13ª), sentencia núm. 680/2009 de 9 diciembre. JUR 2010\76672
 32. Contratos típicos. Seguro. AP Madrid (Sección 21ª), sentencia núm. 550/2009 de 1 diciembre. JUR 2010\70060
 33. Seguro. AP Las Palmas (Sección 3ª), sentencia núm. 541/2009 de 9 noviembre. JUR 2010\71183
 34. Seguro. AP Islas Baleares (Sección 5ª), sentencia núm. 357/2009 de 21 octubre. JUR 2009\476751
 35. Seguro. AP Girona (Sección 1ª), sentencia núm. 373/2009 de 16 octubre. JUR 2009\489476
 36. Seguro. AP Cáceres (Sección 1ª), sentencia núm. 416/2009 de 7 octubre. JUR 2009\459593
 37. Seguro. AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 429/2009 de 7 octubre. JUR 2009\490465
 38. Seguro. AP Almería (Sección 1ª), sentencia núm. 155/2009 de 21 septiembre. JUR 2010\80017
 39. Seguro. AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 386/2009 de 1 septiembre. JUR 2009\492597
 40. Seguro. AP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 397/2009 de 30 julio. JUR 2009\484782
 41. Seguro. AP Barcelona (Sección 14ª), sentencia núm. 522/2009 de 16 julio. JUR 2009\417513
 42. Seguro. AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 404/2009 de 15 julio. JUR 2009\375294
 43. Seguro. AP Alicante (Sección 5ª), sentencia núm. 218/2009 de 27 mayo. JUR 2009\302764
 44. Seguro. AP Madrid (Sección 18ª), sentencia núm. 186/2009 de 27 abril. JUR 2009\245078
 45. Contratos típicos. Seguro. AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 245/2009 de 25 marzo. JUR 2009\248325
 46. Seguro. AP Sevilla (Sección 8ª), sentencia núm. 111/2009 de 16 marzo. JUR 2010\14768
 47. Proceso Penal. Derecho a la libertad personal y a la seguridad. AP Cáceres (Sección 2ª), auto núm. 88/2009 de 4 marzo. JUR 2009\187114
 48. Seguro. AP Barcelona (Sección 1ª), sentencia núm. 78/2009 de 23 febrero. JUR 2009\170511

49. Seguro. AP Barcelona (Sección 1ª), sentencia núm. 77/2009 de 23 febrero. JUR 2009\170512
50. Seguro. AP Pontevedra (Sección 1ª), sentencia núm. 73/2009 de 11 febrero. JUR 2009\190997
51. Banca. AP Madrid (Sección 12ª), sentencia núm. 60/2009 de 3 febrero. JUR 2009\155730
52. Seguro. AP Asturias (Sección 7ª), sentencia núm. 30/2009 de 27 enero. JUR 2009\333717
53. Seguro. AP Teruel (Sección 1ª), sentencia núm. 8/2009 de 14 enero. JUR 2009\239897
54. Contratos típicos. JPI Sevilla, núm. 11, sentencia de 23 julio 2009. JUR 2009\381950



Laureate International Universities



Villaviciosa de Odón

28670 Madrid

www.uem.es